Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 1, 1994 Vol. 1

1er cahier, 1994 Vol. 1

Cited as [1994] 1 S.C.R. 3-156

Renvoi [1994] 1 R.C.S. 3-156

Published pursuant to the Supreme Court Act by

ANNE ROLAND, LL.L.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

Editors
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Canadian Government Publishing Centre, Canada Communication Group, Ottawa, Canada, K1A 0S9, together with the old address.

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1994.

CONTENTS

International Longshoremen's and Warehousemen's Union — Canada Area Local 500 *v.* Canada..... 150

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Right to strike — Back-to-work legislation not violating s. 2(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Maintenance of Ports Operations Act, 1986, S.C. 1986, c. 46.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security of the person — Right to strike — Back-to-work legislation not violating s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Maintenance of Ports Operations Act, 1986, S.C. 1986, c. 46.

Kenora (Town) Hydro Electric Commission *v.* Vacationland Dairy Co-operative Ltd..... 80

Public utilities — Claims — *Quantum meruit* — Equitable estoppel — Electrical utility underbilling for power supplied to customer — Customer claiming that utility estopped from

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND, LL.L.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

Arrêtistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Groupe communication Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1994.

SOMMAIRE

Commission hydro-électrique de Kenora (ville) *c.* Vacationland Dairy Co-operative Ltd. 80

Services publics — Actions — *Quantum meruit* — Irrecevabilité en *equity* — Facturation insuffisante de l'électricité fournie à un client par une entreprise de service public — Prétention du client que l'entreprise est, en raison de sa négligence, irrecevable à effectuer un recouvrement — Impossibilité d'invoquer comme moyen de défense l'irrecevabilité en *equity* lorsqu'elle aurait pour effet d'empêcher des autorités publiques de s'acquitter d'une obligation légale positive — La loi ontarienne sur les services publics impose-t-elle une obligation positive? — Power Corporation Act, R.S.O. 1980, ch. 384, art. 99.

R. *c.* Arcangioli 129

Droit criminel — Preuve — Propension d'un tiers à la violence — Exposé au jury — Accusation de voies de fait graves portée à la suite d'une agression à coups de couteau — Thèse de la

Suite à la page suivante

recovering by its own negligence — Equitable estoppel unavailable as defence where it would interfere with ability of public authority to carry out positive statutory duty — Whether Ontario utilities legislation imposes positive duty — Power Corporation Act, R.S.O. 1980, c. 384, s. 99.

R. *v.* Arcangioli **129**

Criminal law — Evidence — Third party's propensity for violence — Charge to jury — Accused charged with aggravated assault following a stabbing — Defence advancing theory that stabbing committed by third party — Evidence adduced by defence indicating that third party had stabbed another person earlier that evening and had been previously convicted of armed robbery — Whether trial judge properly instructed jury on use to be made of defence evidence concerning third party's propensity for violence — Whether curative provision of Criminal Code should be applied — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Criminal law — Evidence — Consciousness of guilt — Flight from crime scene — Charge to jury — Accused charged with aggravated assault following a stabbing — Accused admitted punching victim but testified that stabbing was committed by third party — Whether trial judge properly instructed jury on inferences to be drawn from accused's flight from crime scene — Whether curative provision of Criminal Code should be applied — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. *v.* Colarusso **20**

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Coroners Act permitting warrantless seizures by coroners — Whether provision violates s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Coroners Act, R.S.O. 1980, c. 93, s. 16(2)(a) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Constitutional law — Validity of legislation — Whether investigatory provisions of Coroners Act *intra vires* province — Coroners Act, R.S.O. 1980, c. 93, s. 16(2)(a) — Constitution Act, 1867, s. 91(27).

R. *v.* Dickson **153**

Criminal law — Sexual assault — Consent — Admissibility of evidence — Evidence of prior sexual acts with accused — Defence of honest but mistaken belief of consent — Whether evidence of other acts of intercourse admissible.

Evidence — Criminal law — Sexual assault — Consent — Admissibility of evidence — Evidence of prior sexual acts with accused — Defence of honest but mistaken belief of consent — Whether evidence of other acts of intercourse admissible.

Continued on next page

défense selon laquelle l'agression à coups de couteau est le fait d'un tiers — Production par la défense d'une preuve indiquant qu'un tiers, déjà déclaré coupable de vol à main armée, avait poignardé une autre personne plus tôt ce soir-là — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives appropriées sur l'usage qui devait être fait de la preuve de la défense concernant la propension du tiers à la violence? — Y a-t-il lieu d'appliquer la disposition réparatrice du Code criminel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

Droit criminel — Preuve — Conscience de culpabilité — Fuite des lieux du crime — Exposé au jury — Accusation de voies de fait graves portée à la suite d'une agression à coups de couteau — L'accusé a avoué avoir frappé la victime à coups de poing mais a témoigné que l'agression à coups de couteau était le fait d'un tiers — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives appropriées sur les conclusions à tirer du fait que l'accusé s'était enfui des lieux du crime? — Y a-t-il lieu d'appliquer la disposition réparatrice du Code criminel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

R. *c.* Colarusso **20**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Saisies sans mandat par les coroners autorisées par la Loi sur les coroners — La disposition viole-t-elle l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur les coroners, L.R.O. 1980, ch. 93, art. 16(2)a) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Droit constitutionnel — Validité d'une disposition législative — La province avait-elle compétence pour adopter les dispositions relatives aux investigations de la Loi sur les coroners? — Loi sur les coroners, L.R.O. 1980, ch. 93, art. 16(2)a) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27).

R. *c.* Dickson **153**

Droit criminel — Agression sexuelle — Consentement — Admissibilité de la preuve — Preuve d'actes sexuels antérieurs avec l'accusé — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement — La preuve d'autres rapports sexuels est-elle admissible?

Preuve — Droit criminel — Agression sexuelle — Consentement — Admissibilité de la preuve — Preuve d'actes sexuels antérieurs avec l'accusé — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement — La preuve d'autres rapports sexuels est-elle admissible?

R. *c.* Pétel **3**

Droit criminel — Légitime défense — Éléments de la légitime défense — Directives au jury — Question du jury — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans sa réponse en différenciant les menaces antérieures des menaces proférées contre l'accusée le soir de l'incident et en reliant ces menaces antérieures uniquement à l'existence d'une attaque? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 34(2), 265(1).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. *v.* Pétel 3

Criminal law — Self-defence — Elements of self-defence — Charge to jury — Question from jury — Whether trial judge erred in his answer in differentiating between previous threats and threats made against accused on evening of incident and in relating previous threats only to existence of assault — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 34(2), 265(1).

R. *v.* Pittman 148

Criminal law — Trial — Charge to jury — Trial judge failing to give Vetrovec warning to jury — No question of law raised — Supreme Court of Canada having no jurisdiction to entertain appeal as of right — No miscarriage of justice.

R. *v.* Richardson 155

Criminal law — First degree murder — Charge to jury.

Toneguzzo-Norvell (Guardian *AD LITEM* OF) *v.* Burnaby Hospital 114

Damages — Assessment — Personal injury — Loss of future income — Life expectancy — Powers of appellate tribunal — Infant suffering from severe disabilities due to oxygen deprivation during birth — Court of Appeal substituting its assessment of life expectancy of infant for that of trial judge — Whether Court of Appeal justified in interfering with trial judge's conclusion on life expectancy — Whether Court of Appeal erred in deducting living expenses for years after infant's projected death from award for loss of future income.

SOMMAIRE (Fin)

R. *c.* Pittman 148

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Omission du juge du procès de faire une mise en garde de type Vetrovec au jury — Aucune question de droit soulevée — Non-compétence de la Cour suprême du Canada pour entendre le pourvoi de plein droit — Aucune erreur judiciaire.

R. *c.* Richardson 155

Droit criminel — Meurtre au premier degré — Directives au jury.

Syndicat international des débardeurs et magasiniers — Canada, section locale 500 *c.* Canada 150

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Droit de grève — Non-violation de l'art. 2d) de la Charte canadienne des droits et libertés par la loi imposant le retour au travail — Loi de 1986 sur les opérations portuaires, S.C. 1986, ch. 46.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité de la personne — Droit de grève — Non-violation de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés par la loi imposant le retour au travail — Loi de 1986 sur les opérations portuaires, S.C. 1986, ch. 46.

Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) *c.* Burnaby Hospital 114

Dommages-intérêts — Évaluation — Lésions corporelles — Perte de revenus futurs — Espérance de vie — Pouvoirs du tribunal d'appel — Mineure gravement handicapée en raison d'un manque d'oxygène à sa naissance — Substitution par la Cour d'appel de son évaluation de l'espérance de vie de la mineure à celle du juge de première instance — La Cour d'appel était-elle justifiée de modifier la conclusion du juge de première instance sur l'espérance de vie? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en déduisant de l'indemnité accordée pour la perte de revenus futurs des frais de subsistance pour les années suivant le décès prévu de la mineure?

Canada
Supreme Court
Reports

Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada

Volume 1, 1994

1er volume, 1994

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Colette Pétel *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* PÉTEL

File No.: 23424.

1993: November 3; 1994: January 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Self-defence — Elements of self-defence — Charge to jury — Question from jury — Whether trial judge erred in his answer in differentiating between previous threats and threats made against accused on evening of incident and in relating previous threats only to existence of assault — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 34(2), 265(1).

The accused was charged with the second degree murder of R. R was involved in drug trafficking with E, with whom the accused's daughter was living. At trial, the accused described the terrible existence caused by the presence of E in her house and by his drug trafficking. She said that he was always angry and threatened her frequently. The accused moved in order to put an end to E's presence in her house, but this was unsuccessful, as he continued to go to her home to conduct his illegal activities. According to the accused, on the evening of the crime, E went to her home with a revolver and cocaine and asked her to hide the weapon. He forced her to weigh some cocaine and suggested he would kill her, together with her daughter and granddaughter. Shortly afterwards the accused's daughter arrived accompanied by R. At this point the accused consumed a small amount of drugs and she then went to get the weapon she had hidden in the bathroom. She fired at E and seeing that R was lunging at her, she also fired at him. E survived but R died. In his charge to the jury, the trial judge explained the law of self-defence and summarized the main points in the evidence which could support this defence. In reply to a question from the jury, the judge indicated that the act or threat giving rise to self-defence must have taken place on the evening of the crime, and that the previous threats or acts

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Colette Pétel *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* PÉTEL

N° du greffe: 23424.

1993: 3 novembre; 1994: 20 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Légitime défense — Éléments de la légitime défense — Directives au jury — Question du jury — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans sa réponse en différenciant les menaces antérieures des menaces proférées contre l'accusée le soir de l'incident et en reliant ces menaces antérieures uniquement à l'existence d'une attaque? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 34(2), 265(1).

L'accusée a été inculpée du meurtre au second degré de R. R s'adonnait au trafic de stupéfiants avec E, le concubin de la fille de l'accusée. Au procès, l'accusée a raconté la vie infernale qu'entraînaient la présence de E dans sa maison et le trafic auquel il se livrait. Elle a indiqué qu'il était constamment en colère et qu'il la menaçait souvent. L'accusée a déménagé pour mettre fin à la présence de E dans sa maison mais sans succès puisque ce dernier a continué à se rendre chez elle pour y exercer ses activités illégales. D'après l'accusée, le soir du crime, E s'est présenté chez elle avec un revolver et de la cocaïne, et il lui a demandé de dissimuler l'arme. Il l'a forcée à peser de la cocaïne et lui a laissé entendre qu'il la tuerait, ainsi que sa fille et sa petite-fille. Peu après, la fille de l'accusée est arrivée en compagnie de R. C'est à ce moment que l'accusée a consommé un peu de drogue, puis est allée chercher l'arme qu'elle avait cachée dans la salle de bains. Elle a alors fait feu sur E et voyant que R s'élançait sur elle, elle a aussi fait feu sur lui. E a survécu mais R est décédé. Dans ses directives au jury, le juge du procès a expliqué le droit relatif à la légitime défense et a résumé les principaux éléments de la preuve qui pouvaient étayer cette défense. À la suite d'une question du jury, le juge a indiqué que le geste ou la menace donnant lieu à la légitime défense doit avoir eu lieu le soir du crime et que les

are only relevant in assessing the assault on the evening of the crime. The accused was convicted of second degree murder. The Court of Appeal allowed the accused's appeal and ordered a new trial. In a majority judgment the court held that the trial judge erred in his answer to the jury's question in differentiating the previous threats from the threats made on the evening of the incident and in relating the previous threats only to the existence of an assault.

Held (La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Major JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

(1) *Self-defence: Applicable Principles*

It can be seen from s. 34(2) of the *Criminal Code* that there are three constituent elements of self-defence when, as here, the victim has died: (1) the existence of an unlawful assault; (2) a reasonable apprehension of a risk of death or grievous bodily harm; and (3) a reasonable belief that it is not possible to preserve oneself from harm except by killing the attacker. In all three cases the jury must seek to determine how the accused perceived the relevant facts and whether that perception was reasonable. This is an objective determination. An honest but reasonable mistake as to the existence of an assault is therefore permitted. The existence of an assault must not be made a kind of prerequisite for the exercise of self-defence to be assessed without regard to the perception of the accused. It is the accused's state of mind that is relevant and must be examined. The question that the jury must ask itself is not whether "the accused was unlawfully assaulted" but rather whether "the accused reasonably believed, in the circumstances, that she was being unlawfully assaulted". Nor is there a formal requirement that the danger be imminent. Imminence is only one of the factors which the jury should weigh in determining whether the accused had a reasonable apprehension of danger and a reasonable belief that she could not extricate herself otherwise than by killing the attacker.

(2) *Self-defence: Charge to Jury*

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: The trial judge erred in limiting his answer to the jury's question to only one of the elements of self-defence, namely the existence of an assault. First, this answer suggests that the only relevance of the threats prior to the evening of the crime was in enabling the jury to determine whether there had actually been an assault (in this case, death threats) that evening and whether the assailant was in a position to carry out those threats. This diverted the jury from the question it really

menaces ou les actes antérieurs ne sont pertinents que pour évaluer l'attaque le soir du crime. L'accusée a été reconnue coupable de meurtre au second degré. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'accusée et ordonné la tenue d'un nouveau procès. La cour, à la majorité, a estimé que le juge du procès a commis une erreur en différenciant, dans sa réponse à la question du jury, les menaces antérieures des menaces proférées le soir de l'incident et en reliant les menaces antérieures uniquement à l'existence d'une attaque.

Arrêt (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Major sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

(1) *Légitime défense: principes applicables*

Le paragraphe 34(2) du *Code criminel* fait ressortir les trois éléments constitutifs de la légitime défense lorsque, comme en l'espèce, la victime est décédée: (1) l'existence d'une attaque illégale; (2) l'appréhension raisonnable d'un danger de mort ou de lésions corporelles graves, et (3) la croyance raisonnable qu'on ne peut s'en sortir autrement qu'en tuant l'agresseur. Dans les trois cas, le jury doit chercher à déterminer quelle était la perception des faits pertinents par l'accusée et si cette perception était raisonnable. Il s'agit d'une évaluation objective. L'erreur honnête mais raisonnable relativement à l'existence d'une attaque est donc permise. Il faut éviter de faire de l'existence de l'attaque une sorte de condition préalable à l'exercice de la légitime défense qui doit s'apprécier en faisant abstraction de la perception de l'accusée. C'est l'état d'esprit de l'accusée qui est pertinent et qu'il faut examiner. La question que le jury doit se poser n'est pas de savoir si «l'accusée a été illégalement attaquée», mais plutôt si «l'accusée a raisonnablement cru, dans les circonstances, qu'on l'attaquait illégalement». Il n'y a pas non plus d'exigence formelle que le danger soit imminent. L'imminence n'est qu'un des facteurs que le jury doit évaluer pour déterminer si l'accusée avait une appréhension raisonnable du danger et une croyance raisonnable de ne pas pouvoir s'en sortir autrement qu'en tuant son agresseur.

(2) *Légitime défense: directives au jury*

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci: Le juge du procès a commis une erreur en limitant sa réponse à la question du jury à un seul des éléments de la légitime défense, soit l'existence d'une attaque. Premièrement, cette réponse laisse croire que la seule pertinence des menaces antérieures au soir du crime est de permettre au jury de déterminer s'il y a réellement eu une attaque (en l'espèce, des menaces de mort) ce soir-là et si l'assaillant était en mesure d'exécuter ces menaces. Cela a détourné le jury

should have been considering, namely the reasonable belief of the accused in the existence of an assault. Emphasizing the victims' acts rather than the accused's state of mind has the effect of depriving the latter of the benefit of any error, however reasonable. Secondly, although it is true that the previous threats may help the jury to decide whether threats were made on the evening of the crime, they are also very relevant in determining what the accused believed, not only concerning the existence of the threats, but also concerning her apprehension of a risk of death or grievous bodily harm and her belief in the need to use deadly force. By failing to mention these two elements in his answer, the trial judge seriously limited the relevance of the previous threats and might have led the jury to disregard the entire atmosphere of terror which the accused said pervaded her house. Those threats form an integral part of the circumstances on which the perception of the accused might have been based. It is clear that the way in which a reasonable person would have acted cannot be assessed without taking into account these crucial circumstances. In explaining how the threats prior to the evening of the crime could be used the trial judge should actually have referred not only to s. 265(1)(*b*) of the *Code* but also, most importantly, to s. 34(2).

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Major JJ. (dissenting): The judge's answer contained no error. It did not overlook the very important element of the accused's belief. While he did not elaborate on this point in his answer, he emphasized each of the elements of self-defence by three times re-reading s. 265(1)(*b*) of the *Code*. The trial judge had already read this paragraph in his general charge and gone on to give clear and complete explanations of the essential criterion of the accused's state of mind at the time she caused the death, including her apprehension of death or grievous bodily harm from which she could not preserve herself except by the force she used. The purpose referred to in the judge's answer could only be the purpose to kill on the part of the victim, and his comment on the belief on reasonable grounds that the victim had present ability to effect this purpose could mean nothing other than the accused's belief that the victim was capable of killing the accused, leaving her no alternative but to act first. Consequently, one cannot conclude that the judge's answer could have been understood by the jury or could have led it to make a finding other than on the basis of a

de la véritable question qu'il devait examiner, c'est-à-dire la croyance raisonnable de l'accusée à l'existence d'une attaque. Mettre l'accent sur les actes des victimes plutôt que sur l'état d'esprit de l'accusée a pour effet de retirer à cette dernière le bénéfice de toute erreur, si raisonnable soit-elle. Deuxièmement, même s'il est vrai que les menaces antérieures peuvent permettre au jury de décider si des menaces ont été proférées le soir du crime, elles sont également très pertinentes pour déterminer ce que croyait l'accusée, non seulement quant à l'existence des menaces, mais aussi quant à son appréhension d'un danger de mort ou de lésions corporelles graves et à sa croyance à la nécessité du recours à la force meurtrière. En omettant de mentionner ces deux éléments dans sa réponse, le juge du procès a sérieusement limité la pertinence des menaces antérieures et a pu entraîner le jury à écarter tout le climat de terreur qui, selon l'accusée, régnait dans sa maison. Ces menaces font partie intégrante des circonstances qui ont pu fonder la perception de l'accusée. Or, il est évident qu'on ne saurait apprécier la conduite qu'aurait eue une personne raisonnable en faisant abstraction de ces circonstances cruciales. En fait, en expliquant à quoi pouvaient servir les menaces antérieures au soir du crime, le juge du procès aurait dû faire référence non seulement à l'al. 265(1)*b*) du *Code*, mais aussi et surtout au par. 34(2).

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Major (dissidents): La réponse du juge ne comportait aucune erreur. Cette réponse n'écarte pas l'élément très important de la croyance de l'accusée. Bien qu'il n'ait pas expliqué d'une façon détaillée cette question lors de sa réponse, il a insisté sur chacun des éléments de la légitime défense en relisant à trois reprises l'al. 265(1)*b*) du *Code*. Lors de ses directives générales, le juge du procès en avait déjà fait la lecture pour ensuite donner des explications claires et complètes sur le critère essentiel de l'état d'esprit de l'accusée au moment où elle a causé la mort, y compris son appréhension de la mort ou d'une lésion corporelle grave auxquelles elle ne pouvait se soustraire que par la force qu'elle a employée. Le dessein dont il est question dans la réponse du juge ne pouvait être que le dessein de tuer de la part de la victime et son commentaire sur la croyance pour des motifs raisonnables que la victime était en mesure actuelle d'accomplir ce dessein ne pouvait signifier autre chose que la croyance de l'accusée que la victime était en mesure de réussir à tuer l'accusée, ne laissant à celle-ci que l'alternative d'agir la première. On ne peut donc conclure que la réponse du juge a pu être comprise par le jury ou a pu l'amener à se prononcer autrement qu'en fonction d'une croyance raisonnable de l'accusée d'un

reasonable belief by the accused in a danger of death which she could not avoid except by killing her attacker.

Cases Cited

By Lamer C.J.

R. v. Lavallee, [1990] 1 S.C.R. 852; *Reilly v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 396; *R. v. Nelson* (1992), 71 C.C.C. (3d) 449; *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 34(2), 265(1), 686(1)(*b*)(iii).

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 29. *Criminal Law — The General Part: Liability and Defences*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1982.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1987.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1993), 53 Q.A.C. 253, 78 C.C.C. (3d) 543, allowing the accused's appeal from her conviction for murder and ordering a new trial. Appeal dismissed, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Major JJ. dissenting.

Claude Chartrand and *Claude Labrecque*, for the appellant.

Josée Ferrari, for the respondent.

English version of the judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ. delivered by

LAMER C.J. —

I. Facts

The respondent Colette Pétel is charged with the second degree murder of Alain Raymond. She is the mother of Josée Desjardins, who, at the time of the alleged offence, was Serge Edsell's girlfriend. Edsell and Raymond were jointly involved in drug trafficking.

danger de mort auquel elle ne pouvait obvier qu'en tuant l'agresseur.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

R. c. Lavallee, [1990] 1 R.C.S. 852; *Reilly c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 396; *R. c. Nelson* (1992), 71 C.C.C. (3d) 449; *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 34(2), 265(1), 686(1)*b*)(iii).

Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 29. *Droit pénal — Partie générale: responsabilité et moyens de défense*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1982.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1987.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1993), 53 Q.A.C. 253, 78 C.C.C. (3d) 543, qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusée contre sa déclaration de culpabilité pour meurtre et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Major sont dissidents.

Claude Chartrand et *Claude Labrecque*, pour l'appelante.

Josée Ferrari, pour l'intimée.

Le jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci a été rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER —

I. Faits

L'intimée Colette Pétel est accusée du meurtre au deuxième degré d'Alain Raymond. Elle est la mère de Josée Desjardins qui, au moment de l'infraction alléguée, était l'amie de cœur de Serge Edsell. Edsell et Raymond s'adonnaient conjointement au trafic de drogue.

Josée Desjardins and Serge Edsell met and began living together in March 1989. In early May, after being evicted from the apartment where they were living, they moved in temporarily with the respondent. In her testimony the respondent described the terrible existence caused by Edsell's presence in her house, the fact that he was engaged in drug trafficking there and the comings and goings of his customers in the house. She said that Edsell was always angry, that he threatened her frequently and that he beat his girlfriend Josée Desjardins. The respondent even tried to commit suicide. However, this version of the facts was contradicted by the testimony of Josée Desjardins at the preliminary inquiry. (Desjardins was killed before the trial and so could not testify at it.) She denied that she had ever been beaten by Edsell.

In early July the respondent moved in order to put an end to Edsell's presence in her house. This was unsuccessful, as Edsell continued to go to the respondent's home to conduct his drug trafficking operations.

On July 21, Edsell went to the respondent's home with a revolver, cocaine and scales. He asked her to hide the weapon. He forced her to weigh some cocaine and then suggested he would kill her, together with her daughter and granddaughter. Shortly afterwards Josée Desjardins arrived accompanied by Alain Raymond. At this point the respondent consumed a small amount of drugs and then went to get the weapon she had hidden in the bathroom. She fired at Edsell, who fell at once. Seeing that Raymond was lunging at her, she also fired at him. Edsell survived but Raymond died of his injuries. Josée Desjardins' version of the facts was slightly different. She said that the respondent fired on Edsell and then aimed at her own daughter. Raymond then tried to escape and that is when the respondent also shot him.

In her statements to the police immediately after these events the respondent admitted firing at Edsell and Raymond and said she wished both of them dead.

C'est en mars 1989 que Josée Desjardins et Serge Edsell ont fait connaissance et ont commencé à cohabiter. Au début de mai, après avoir été expulsés du logement qu'ils occupaient, ils se sont temporairement installés chez l'intimée. Dans son témoignage, l'intimée raconte la vie infernale qu'entraînaient la présence d'Edsell dans sa maison, le fait qu'il s'y livrait au trafic de drogue et les allées et venues de ses clients dans la maison. Elle dit qu'Edsell était constamment en colère, qu'il la menaçait souvent et qu'il battait son amie Josée Desjardins. L'intimée a même tenté de se suicider. Cette version des faits est cependant contredite par le témoignage de Josée Desjardins à l'enquête préliminaire. (Desjardins a été assassinée avant le procès et n'a donc pas pu y témoigner.) Celle-ci nie avoir jamais été battue par Edsell.

Au début de juillet, l'intimée a déménagé afin de mettre un terme à la présence d'Edsell dans sa maison. Ce fut sans succès, car Edsell a continué à se rendre chez l'intimée pour y mener ses opérations de trafic de drogue.

Le 21 juillet, Edsell s'est présenté chez l'intimée avec un revolver, de la cocaïne et une balance. Il lui a demandé de dissimuler l'arme. Il l'a forcée à peser de la cocaïne, puis il lui a laissé entendre qu'il la tuerait, ainsi que sa fille et sa petite-fille. Peu après, Josée Desjardins est arrivée en compagnie d'Alain Raymond. C'est à ce moment que l'intimée a consommé un peu de drogue, puis est allée chercher l'arme qu'elle avait cachée dans la salle de bains. Elle a fait feu sur Edsell, qui s'est immédiatement écroulé. Voyant que Raymond s'élançait sur elle, elle a aussi fait feu sur lui. Edsell a survécu mais Raymond est décédé de ses blessures. La version des faits de Josée Desjardins est légèrement différente. L'intimée aurait fait feu sur Edsell, puis elle aurait visé sa propre fille. Raymond a alors tenté de s'échapper et c'est alors que l'intimée a également fait feu sur lui.

Dans ses déclarations faites aux policiers immédiatement après ces événements, l'intimée a reconnu avoir fait feu sur Edsell et Raymond et a exprimé le souhait que tous deux en meurent.

II. Applicable Legislation

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

34. . . .

(2) Every one who is unlawfully assaulted and who causes death or grievous bodily harm in repelling the assault is justified if

(*a*) he causes it under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the violence with which the assault was originally made or with which the assailant pursues his purposes; and

(*b*) he believes, on reasonable grounds, that he cannot otherwise preserve himself from death or grievous bodily harm.

265. (1) A person commits an assault when

(*a*) without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly;

(*b*) he attempts or threatens, by an act or a gesture, to apply force to another person, if he has, or causes that other person to believe on reasonable grounds that he has, present ability to effect his purpose;

III. Decisions of Quebec Courts

Superior Court

It is necessary to analyze in detail the instructions given by the trial judge to the jury regarding self-defence, since the respondent challenged their validity.

The trial judge began this part of his charge by reading s. 34(2) of the *Criminal Code* to the jury. He then identified four elements of this defence. First, there was the existence of an assault, here defined by s. 265(1)(*b*) of the *Criminal Code*, which he read to the jury. Second, the accused must have intended to cause the victim's death. The third and fourth conditions are found in s. 34(2)(*a*) and (*b*), namely reasonable apprehension of death or grievous bodily harm and a reasonable belief that it is not possible to preserve oneself from that danger except by killing the assailant.

II. Dispositions législatives pertinentes

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

34. . . .

(2) Quiconque est illégalement attaqué et cause la mort ou une lésion corporelle grave en repoussant l'attaque est justifié si:

a) d'une part, il la cause parce qu'il a des motifs raisonnables pour appréhender que la mort ou quelque lésion corporelle grave ne résulte de la violence avec laquelle l'attaque a en premier lieu été faite, ou avec laquelle l'assaillant poursuit son dessein;

b) d'autre part, il croit, pour des motifs raisonnables, qu'il ne peut pas autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves.

265. (1) Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, selon le cas:

a) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;

b) tente ou menace, par un acte ou un geste, d'employer la force contre une autre personne, s'il est en mesure actuelle, ou s'il porte cette personne à croire, pour des motifs raisonnables, qu'il est alors en mesure actuelle d'accomplir son dessein;

III. Décisions des tribunaux québécois

Cour supérieure

Il est nécessaire d'analyser en détail les directives que le juge du procès a données au jury relativement à la légitime défense puisque l'intimée en conteste la justesse.

Le juge du procès débute cette partie de ses directives en lisant aux jurés le texte du par. 34(2) du *Code criminel*. Il identifie ensuite quatre éléments à cette défense. Il y a premièrement l'existence d'une attaque, définie ici par l'al. 265(1)*b*) du *Code criminel*, qu'il lit aux jurés. Deuxièmement, l'accusée devait avoir l'intention de causer la mort de la victime. Les troisième et quatrième conditions reprennent les al. *a*) et *b*) du par. 34(2), soit l'appréhension raisonnable de la mort ou d'une lésion corporelle grave et la croyance raisonnable de ne pas pouvoir se soustraire à ce danger autrement qu'en donnant la mort à l'assaillant.

The trial judge went on to say that the jury must base its decision on [TRANSLATION] "the accused's assessment of the situation". That means, the judge said, that the accused can be in a self-defence situation even if her perception of the events was wrong, provided this error of perception could have been made by an ordinary person placed in the same circumstances. The judge also said that the accused did not have to wait to be hit first in order to rely on self-defence.

The judge then summarized the main pieces of evidence pertaining to the situation of self-defence in which the respondent claimed she had been. In particular, he discussed the probative value to be given to Josée Desjardins' testimony. Finally, he noted the evidence presented of Edsell's and Raymond's propensity for violence, in particular by means of their criminal records.

The jury began its deliberations and, after asking to hear the respondent's testimony again, it submitted a question to the judge. This question read as follows:

[TRANSLATION]

Definition of self-defence

(1) Threats or acts which may have taken place over several months

(2) Threats which were made on the evening of July 21, 1989 only

The judge answered this question as follows:

[TRANSLATION] So, in other words, ladies and gentlemen, you are asking me to define for you, if I understand correctly, the meaning of the word "assault" in the context of the justification of self-defence. First, what is an assault, and I will re-read to you s. 265(1)(b) of the Criminal Code, which applies in the present case, so:

> "A person commits an assault when he attempts or threatens, by an act or a gesture, to apply force to another person, if he has, or causes that other person to believe on reasonable grounds that he has, present ability to effect his purpose."

. . .

Le juge du procès précise ensuite que le jury doit se fonder sur «l'évaluation de la situation par l'accusée». Ceci signifie, selon le juge, que l'accusée peut être en situation de légitime défense même si elle a eu une perception faussée des événements, pourvu que cette erreur de perception eût pu être commise par une personne ordinaire placée dans les mêmes circonstances. Le juge précise également que l'accusée n'est pas tenue d'attendre d'être frappée la première pour invoquer la légitime défense.

Le juge résume ensuite les principaux éléments de preuve ayant trait à la situation de légitime défense dans laquelle l'intimée prétendait se trouver. Il discute notamment de la valeur probante à accorder au témoignage de Josée Desjardins. Il souligne enfin qu'on a mis en preuve la propension d'Edsell et de Raymond à la violence, notamment au moyen de leur casier judiciaire.

Le jury a entrepris ses délibérations et après avoir demandé à réentendre le témoignage de l'intimée, il a posé une question au juge. Cette question se lisait ainsi:

Définition de légitime défense

1° Menaces ou actes qui peuvent se manifester durant plusieurs mois

2° Menaces qui se sont manifestées le soir du 21 juillet 89 seulement

Le juge a répondu ainsi à cette question:

Alors en d'autres termes Mesdames, Messieurs, vous me demandez de vous définir, si je comprends bien, le sens du mot attaque dans le cadre de la justification de légitime défense. D'abord qu'est-ce que c'est qu'une attaque et je vous relis l'article 265(1)b) du Code criminel qui s'applique dans ce cas-ci, alors:

> «Se livre à une attaque quiconque tente ou menace, par un acte ou un geste, d'employer la force contre une autre personne, s'il est en mesure actuelle ou s'il porte cette personne à croire, pour des motifs raisonnables, qu'il est alors en mesure actuelle d'accomplir son dessein.»

. . .

So the act or threat mentioned in s. 265(1)(b) must have taken place on the evening of July 21 because the Code clearly says "has present ability", that is, at the actual time of the events. Now, threats or acts prior to July 21 are relevant in that they may help you to assess the assault on the evening of July 21, 1989.

In other words, these previous acts or threats help you to determine whether Alain Raymond and Serge Edsell attempted or threatened, because according to the evidence, if you believe it, this was a common plan, whether as I say Alain Raymond or Serge Edsell attempted or threatened on the evening of July 21, by an act or a gesture, to apply force to Mrs. Pétel, to her daughter or to her granddaughter, whether the assailant had or caused . . . the alleged victim to believe on reasonable grounds that he had present ability to effect his purpose.

So the previous facts help you to assess the situation, but the threat or the assault or the threat or the gesture that evening, in the context of a, of the carrying out of an assault, that must be assessed on July 21.

The jury convicted the accused of second degree murder.

Court of Appeal (1993), 78 C.C.C. (3d) 543

The respondent appealed her conviction to the Court of Appeal. She argued that the charge to the jury on self-defence was erroneous. She submitted that the judge should have said that the previous threats were relevant in determining not only whether the victims threatened the accused and had present ability to effect their purpose, but also, which he failed to do, in determining the accused's state of mind regarding the imminence of the assault and the belief that she could not otherwise preserve herself from death. The respondent based her arguments on *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852.

Proulx J.A.

Proulx J.A. found that the trial judge had made two errors. First, he had failed to tell the jury that the fact Alain Raymond lunged at the respondent, probably in order to take the weapon from her, was an independent ground which could be a basis for self-defence. The jury could thus have thought that

Alors le geste ou menace dont on parle à l'article 265(1)b) doit avoir eu lieu le soir du 21 juillet parce que le Code parle bien de «s'il est en mesure actuelle», c'est-à-dire au moment même des événements. Maintenant, les menaces ou actes antérieurs au 21 juillet sont pertinents en ce sens qu'ils peuvent vous permettre d'évaluer l'attaque le soir du 21 juillet 1989.

En d'autres termes, ces actes ou menaces antérieurs vous permettent de déterminer si Alain Raymond et Serge Edsell ont tenté ou menacé, parce que c'était selon la preuve, si vous la croyez, une commune aventure, si Alain Raymond ou Serge Edsell, dis-je, ont tenté ou menacé ce soir-là du 21 juillet, par un acte ou un geste, d'employer la force contre Madame Pétel, contre sa fille ou contre sa petite-fille, si l'assaillant était en mesure actuelle ou s'il portait [. . .] la présumée victime à croire, pour des motifs raisonnables, qu'il était alors en mesure actuelle d'accomplir son dessein.

Alors les faits antérieurs vous permettent d'évaluer la situation, mais la menace ou l'attaque ou la menace ou le geste ce soir-là, entrant dans le cadre d'une, de se livrer à une attaque, ça doit être évalué le 21 juillet.

Le jury a déclaré l'accusée coupable de meurtre au deuxième degré.

Cour d'appel (1993), 53 Q.A.C. 253

L'intimée a interjeté appel de sa condamnation à la Cour d'appel. Elle a soutenu que les directives au jury relativement à la légitime défense étaient erronées. Le juge aurait dû, selon elle, dire que les menaces antérieures étaient pertinentes pour évaluer non seulement si les victimes ont menacé l'accusée et si elles étaient en mesure actuelle d'accomplir leur dessein, mais aussi, ce qu'il a omis de faire, pour évaluer l'état d'esprit de l'accusée relativement à l'imminence de l'attaque et à la croyance qu'elle ne pouvait autrement se soustraire à la mort. L'intimée fondait ses prétentions sur l'arrêt *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852.

Le juge Proulx

Le juge Proulx reproche deux erreurs au juge du procès. Premièrement, celui-ci aurait omis de dire au jury que le fait qu'Alain Raymond s'était élancé sur l'intimée, probablement dans le but de la désarmer, constituait un motif indépendant pouvant donner ouverture à la légitime défense. Le jury

the death threats made by Edsell were the only ground that could justify her killing the two men.

Second, Proulx J.A. was of the view that the answer given by the trial judge to the jury's question regarding threats was inadequate. In his opinion, *Lavallee* indicates that a contextual approach should be taken in assessing the apprehension of danger and the belief in the need to use deadly force. Accordingly the history, circumstances and perceptions of the accused must be taken into account and it is not absolutely necessary to call an expert witness on this point. The threats prior to the events of July 21 were highly relevant in determining whether the accused had a reasonable apprehension of an imminent assault causing death or grievous bodily harm. However, the answer to the jury's question could suggest that the only relevance of the previous threats and acts was to determine whether or not the victims had made threats on the evening of July 21. According to Proulx J.A., this was an error of law justifying an order for a new trial, since it is not clear that the jury would have come to the same conclusion if it had been given a complete answer.

LeBel J.A.

LeBel J.A. agreed with Proulx J.A. on the question of the distinction between the threats immediately preceding the incident and the previous threats. However, he considered that the trial judge had made no error in failing to mention Raymond's gesture as an independent basis for self-defence.

McCarthy J.A. (dissenting)

McCarthy J.A. was of the view that *Lavallee* dealt with a different kind of situation from that of the respondent, and he considered that in any event that case recognized the validity of the presumption that a person is not in a self-defence situation if the danger is not imminent. Only expert testimony, said McCarthy J.A., can rebut this presumption. He therefore considered that the trial judge

aurait donc pu croire que les menaces de mort proférées par Edsell constituaient le seul motif ayant pu justifier celle-ci d'abattre les deux hommes.

Deuxièmement, le juge Proulx croit que la réponse donnée par le juge du procès à la question du jury portant sur les menaces était insuffisante. Selon lui, l'arrêt *Lavallee* indique qu'il faut adopter une approche contextuelle dans l'évaluation de l'appréhension du danger et de la croyance à la nécessité d'utiliser la force meurtrière. Il faut donc tenir compte des antécédents, des circonstances et des perceptions de l'accusée, et il n'est pas absolument nécessaire de faire témoigner un expert à ce sujet. Or, les menaces antérieures aux événements du 21 juillet étaient fort pertinentes pour évaluer si l'accusée avait eu une appréhension raisonnable de l'imminence d'une attaque causant la mort ou des lésions corporelles graves. Toutefois, la réponse à la question du jury pouvait porter à croire que la seule pertinence des menaces et actes antérieurs était d'évaluer si les victimes avaient ou non proféré des menaces le soir du 21 juillet. Selon le juge Proulx, cela constituait une erreur de droit justifiant une ordonnance de nouveau procès, puisqu'il n'est pas évident que le jury serait parvenu à la même conclusion s'il avait reçu une réponse complète.

Le juge LeBel

Le juge LeBel est d'accord avec le juge Proulx sur la question de la distinction entre les menaces qui ont immédiatement précédé l'incident et les menaces antérieures. Il estime toutefois que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en omettant de mentionner le geste de Raymond comme un fondement indépendant de la légitime défense.

Le juge McCarthy (dissident)

Le juge McCarthy estime que l'arrêt *Lavallee* vise une situation différente du cas de l'intimée, et croit de toute façon que cet arrêt a reconnu la validité de la présomption voulant qu'une personne ne soit pas en situation de légitime défense si le danger n'est pas imminent. Seul un témoignage d'expert, dit le juge McCarthy, peut renverser cette présomption. Il estime donc que le juge du procès a eu

was right in telling the jury that the assault had to be imminent on the evening of July 21.

IV. Issue

As this is an appeal as of right, the only issue before this Court is the one on which there was a dissent, namely whether the trial judge erred in his answer to the jury's question in differentiating the threats made on the evening of the incident from the previous threats and in relating the latter only to whether there had been an assault.

V. Analysis

A. *Elements of Self-defence*

The law on self-defence has often been criticized for its complexity and lack of coherence: D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2nd ed. 1987), at p. 413; and Canada Law Reform Commission, Working Paper 29, *Criminal Law — The General Part: Liability and Defences* (1982), at p. 116. When the courts interpret the provisions of the *Criminal Code*, they should therefore try to confine themselves to general principles and not unnecessarily create complex rules and subtle distinctions.

It can be seen from the wording of s. 34(2) of the *Code* that there are three constituent elements of self-defence, when as here the victim has died: (1) the existence of an unlawful assault; (2) a reasonable apprehension of a risk of death or grievous bodily harm; and (3) a reasonable belief that it is not possible to preserve oneself from harm except by killing the adversary.

In all three cases the jury must seek to determine how the accused perceived the relevant facts and whether that perception was reasonable. Accordingly, this is an objective determination. With respect to the last two elements, this approach results from the language used in the *Code* and was confirmed by this Court in *Reilly v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 396, at p. 404:

raison de dire au jury que l'attaque devait être imminente le soir du 21 juillet.

IV. Question en litige

Comme il s'agit d'un pourvoi de plein droit, la seule question en litige devant cette Cour est celle qui a fait l'objet d'une dissidence, savoir si le juge du procès a commis une erreur en différenciant, dans sa réponse à la question du jury, les menaces proférées le soir de l'incident des menaces antérieures et en reliant ces dernières uniquement à l'existence d'une attaque.

V. Analyse

A. *Les éléments de la légitime défense*

Le droit relatif à la légitime défense a souvent été critiqué pour sa complexité et son incohérence: D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2e éd. 1987), à la p. 413; et la Commission de réforme du droit du Canada, document de travail 29, *Droit pénal — Partie générale: responsabilité et moyens de défense* (1982), à la p. 116. Les tribunaux, lorsqu'ils interprètent les dispositions du *Code criminel*, devraient donc chercher à s'en tenir aux principes généraux et à ne pas créer inutilement des règles complexes et des distinctions subtiles.

La lecture du texte du par. 34(2) du *Code* fait ressortir les trois éléments constitutifs de la légitime défense, lorsque, comme en l'espèce, la victime est décédée: (1) l'existence d'une attaque illégale; (2) l'appréhension raisonnable d'un danger de mort ou de lésions corporelles graves, et (3) la croyance raisonnable qu'on ne peut s'en sortir autrement qu'en tuant l'adversaire.

Dans les trois cas, le jury doit chercher à déterminer quelle était la perception des faits pertinents par l'accusée et si cette perception était raisonnable. Il s'agit donc d'une évaluation objective. Quant aux deux derniers éléments, cette approche découle des termes employés dans le *Code* et a été confirmée par cette Cour dans l'arrêt *Reilly c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 396, à la p. 404:

The subsection can only afford protection to the accused if he apprehended death or grievous bodily harm from the assault he was repelling and if he believed he could not preserve himself from death or grievous bodily harm otherwise than by the force he used. Nonetheless, his apprehension must be a reasonable one and his belief must be based upon reasonable and probable grounds. The subsection requires that the jury consider, and be guided by, what they decide on the evidence was the accused's appreciation of the situation and his belief as to the reaction it required, so long as there exists an objectively verifiable basis for his perception. [Emphasis in original.]

Some doubt may still exist as to whether this passage from *Reilly* also applies to the existence of an assault. For my part, I think that the word "situation" refers to the three elements of s. 34(2). An honest but reasonable mistake as to the existence of an assault is therefore permitted. This is also how the Ontario Court of Appeal understood it in *R. v. Nelson* (1992), 71 C.C.C. (3d) 449, at p. 455. The existence of an assault must not be made a kind of prerequisite for the exercise of self-defence to be assessed without regard to the perception of the accused. This would amount in a sense to trying the victim before the accused. In a case involving self-defence, it is the accused's state of mind that must be examined, and it is the accused (and not the victim) who must be given the benefit of a reasonable doubt. The question that the jury must ask itself is therefore not "was the accused unlawfully assaulted?" but rather "did the accused reasonably believe, in the circumstances, that she was being unlawfully assaulted?".

Moreover, *Lavallee*, *supra*, rejected the rule requiring that the apprehended danger be imminent. This alleged rule, which does not appear anywhere in the text of the *Criminal Code*, is in fact only a mere assumption based on common sense. As Wilson J. noted in *Lavallee*, this assumption undoubtedly derives from the paradigmatic case of self-defence, which is an altercation between two persons of equal strength. However, evidence may be presented (in particular expert evidence) to rebut this presumption of fact. There is thus no formal requirement that the danger be imminent.

Ce paragraphe ne protège l'accusé que lorsque celui-ci appréhende la mort ou une lésion corporelle grave résultant de l'attaque qu'il repousse et lorsqu'il croit qu'il ne peut se soustraire à la mort ou à une lésion corporelle grave autrement que par la force qu'il a employée. Son appréhension doit néanmoins être raisonnable et sa croyance doit se fonder sur des motifs raisonnables et probables. En vertu du paragraphe, le jury doit se fonder sur ce qu'il croit, à la lumière de la preuve, être l'évaluation de la situation par l'accusé et sa perception quant à la réaction que cette situation exigeait, dans la mesure où on peut vérifier cette perception à partir d'un critère objectif. [Souligné dans l'original.]

Certains doutes ont pu subsister quant à savoir si ce passage de l'arrêt *Reilly* s'applique également à l'existence d'une attaque. Quant à moi, je crois que le terme «situation» réfère aux trois éléments du par. 34(2). L'erreur honnête mais raisonnable relativement à l'existence d'une attaque est donc permise. C'est d'ailleurs ce qu'a compris la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Nelson* (1992), 71 C.C.C. (3d) 449, à la p. 455. Il faut éviter de faire de l'existence de l'attaque une sorte de condition préliminaire à l'exercice de la légitime défense qui doit s'apprécier en faisant abstraction de la perception de l'accusée. Ceci équivaudrait, en quelque sorte, à faire le procès de la victime avant celui de l'accusée. Dans le cadre de la légitime défense, c'est l'état d'esprit de l'accusée qu'il faut examiner, et c'est à l'accusée (et non à la victime) qu'il faut donner le bénéfice du doute raisonnable. La question que doit se poser le jury n'est donc pas «l'accusée a-t-elle été illégalement attaquée?» mais plutôt «l'accusée a-t-elle raisonnablement cru, dans les circonstances, qu'on l'attaquait illégalement?».

Par ailleurs, l'arrêt *Lavallee*, précité, a rejeté la règle exigeant que le danger appréhendé soit imminent. Cette supposée règle, qui n'apparaît nullement dans le texte du *Code criminel*, n'est en fait qu'une simple présomption fondée sur le bon sens. Comme l'a souligné le juge Wilson dans *Lavallee*, cette présomption tire sans doute son origine du cas paradigmatique de la légitime défense qu'est l'altercation entre deux personnes de force égale. On peut cependant présenter une preuve (notamment une preuve d'expert) pour réfuter cette présomption de fait. Il n'y a donc pas d'exigence for-

Imminence is only one of the factors which the jury should weigh in determining whether the accused had a reasonable apprehension of danger and a reasonable belief that she could not extricate herself otherwise than by killing the attacker.

B. *Charge to the Jury*

In his charge the trial judge reiterated the three elements indicated by the wording of s. 34(2) of the *Criminal Code*, namely the existence of an assault, the apprehension of a danger of death or grievous bodily harm and the impossibility of otherwise extricating oneself. He added that the accused must have intended to cause her attacker's death. Although it is not strictly speaking an element of self-defence, this fourth criterion was justified in the circumstances since this was a murder charge. In any event, the respondent does not deny that she intended to cause the death of Edsell and Raymond.

The judge also said that the jury should try to determine how the accused assessed the situation and compare that assessment with what a reasonable person placed in the same circumstances would have thought. To explain this, the judge repeated almost word for word two paragraphs from *Reilly*.

The judge then went on to summarize the main points in the evidence which could support the respondent's defence. He did not limit the relevance of a particular piece of evidence to its effect on only one of the elements of self-defence. Accordingly, one may conclude that the jury must have understood that they were to look at the evidence as a whole in considering each element of self-defence. This is exactly what s. 34(2) of the *Criminal Code* requires. Thus no fault may be found in the main charge given by the trial judge, a judge of great experience; on the contrary, it could serve as a model.

The same is not true, however, of the answer given by the judge to the question put to him by the jury regarding the relevance of the threats immediately preceding the incident of July 21 and

melle que le danger soit imminent. L'imminence n'est qu'un des facteurs que le jury doit évaluer pour déterminer si l'accusée avait une appréhension raisonnable du danger et une croyance raisonnable de ne pas pouvoir s'en sortir autrement qu'en donnant la mort à l'agresseur.

B. *Les directives au jury*

Dans ses directives, le juge du procès a repris les trois éléments qui ressortent du texte du par. 34(2) du *Code criminel*, soit l'existence d'une attaque, l'appréhension d'un danger de mort ou de lésions corporelles graves et l'impossibilité de s'en sortir autrement. Il a ajouté que l'accusée devait avoir eu l'intention de causer la mort de son agresseur. Bien que cela ne soit pas à proprement parler un élément de la légitime défense, ce quatrième critère était justifié dans les circonstances puisqu'il s'agissait d'une accusation de meurtre. Quoi qu'il en soit, l'intimée ne nie pas qu'elle avait l'intention de causer la mort d'Edsell et de Raymond.

Le juge a également précisé que le jury devait chercher à déterminer quelle était l'évaluation de la situation par l'accusée et à comparer cette évaluation à celle qu'aurait faite une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances. Pour expliquer cela, le juge reprend presque textuellement deux paragraphes de l'arrêt *Reilly*.

Par la suite, le juge a résumé les principaux éléments de la preuve qui pouvaient étayer la défense de l'intimée. Il n'a pas limité la pertinence d'un élément de preuve particulier à l'appréciation d'un seul des éléments constitutifs de la légitime défense. Ainsi, on peut déduire que le jury a dû comprendre qu'il devait tenir compte de l'ensemble de la preuve pour évaluer chaque élément de la légitime défense. C'est exactement ce qu'exige le par. 34(2) du *Code criminel*. On ne saurait donc faire de reproche à l'exposé principal du juge du procès, un juge de grande expérience; bien au contraire, il pourrait servir de modèle.

Il n'en est pas de même, cependant, quant à la réponse que le juge a formulée à la question que le jury lui a posée relativement à la pertinence des menaces précédant immédiatement l'incident du

the threats prior to that date. The importance of adequately answering questions put by the jury should be borne in mind: *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, at pp. 759-60. The question will generally relate to an important point in the jury's reasoning, so that any error the judge may make in answering it becomes all the more damaging. It is often necessary to repeat certain aspects of the main charge in order to place the specific question in a more general context.

The question asked by the jury was specific, as the jury had identified its concern: the threats made by the victim in the months preceding the incident and those made on the day itself and, it can be assumed, the distinction that should be made between the two types of threat or act. The question was general, however, in the sense that the jury did not indicate whether its concern related only to one element of self-defence. The question concerned the "definition of self-defence", without more detail. The judge nonetheless limited his answer to only one of the elements, the existence of an assault and the assailant's ability to carry it out. This led him to make two errors.

First, the judge's answer suggested that the only relevance of the threats prior to July 21 was in enabling the jury to determine whether there had actually been an assault on the evening of July 21, that is, in the present case, death threats, and whether the assailant was in a position to carry out those threats. In a way the judge treated the earlier threats like similar fact evidence of the present threats. Their only use would then be to make it more plausible that Edsell also made threats in the minutes preceding the shots fired by the accused. This in my view diverted the jury from the question it really should have been considering, namely the reasonable belief of the accused in the existence of an assault. Emphasizing the victims' acts rather than the accused's state of mind has the effect of depriving the latter of the benefit of any error, however reasonable. The jury's attention should not be diverted from its proper concern, the

21 juillet et des menaces antérieures à cette date. Il convient de rappeler l'importance de répondre adéquatement aux questions posées par le jury: *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, aux pp. 759 et 760. La question porte généralement sur un point important du raisonnement du jury, ce qui rend encore plus dommageable toute erreur que le juge peut faire en y répondant. Il sera souvent nécessaire de reprendre certains éléments de l'exposé principal pour situer la question précise dans un contexte plus général.

La question posée par le jury était précise, car le jury a identifié sa préoccupation: les menaces proférées par la victime dans les mois qui précèdent l'incident et celles qui ont eu lieu le jour même et, peut-on deviner, la différence qu'il fallait faire entre les deux catégories de menaces ou d'actes. Par ailleurs, la question était générale en ce sens que le jury n'a pas indiqué qu'il s'interrogeait uniquement quant à un seul des éléments constitutifs de la légitime défense. Il y était question de la «définition de la légitime défense», sans autre précision. Pourtant, le juge a limité sa réponse à un seul des éléments, l'existence d'une attaque et la capacité de l'assaillant de la mener à bien. De ceci découlent deux erreurs.

Premièrement, la réponse du juge laisse croire que la seule pertinence des menaces antérieures au 21 juillet est de permettre au jury de déterminer s'il y a réellement eu une attaque le soir du 21 juillet, c'est-à-dire, en l'espèce, des menaces de mort, et si l'assaillant était en mesure d'exécuter ces menaces. D'une certaine manière, le juge a assimilé les menaces passées à une preuve de faits similaires des menaces présentes. Leur seule utilité serait alors de rendre plus plausible le fait qu'Edsell ait également proféré des menaces dans les minutes qui ont précédé les coups de feu tirés par l'accusée. Cela, je crois, a détourné le jury de la véritable question qu'il devait examiner, c'est-à-dire la croyance raisonnable de l'accusée à l'existence d'une attaque. Mettre l'accent sur les actes des victimes plutôt que sur l'état d'esprit de l'accusée a pour effet de retirer à cette dernière le bénéfice de toute erreur, si raisonnable soit-elle. Il ne

guilt of the accused, by an inquiry into the guilt of the victim.

Secondly, and this is the crucial point, the judge's answer might have led the jury to believe that the threats made before July 21 could serve no other purpose than to determine the existence of the assault and the assailant's ability, thus denying their relevance to reasonable apprehension of a danger of death or grievous bodily harm and to the belief that there was no solution but to kill the attacker. The judge said that the previous threats served to [TRANSLATION] "assess the assault on the evening of July 21". He then explained what "assess the assault" meant:

> [TRANSLATION] ... these previous acts or threats help you to determine whether Alain Raymond and Serge Edsell attempted or threatened ... to apply force to Mrs. Pétel ... whether the assailant had or caused ... the alleged victim to believe on reasonable grounds that he had present ability to effect his purpose. [Emphasis added.]

The judge was in fact here repeating almost exactly the wording of s. 265(1)(*b*) of the *Criminal Code*. Although it is true that the previous threats can help the jury to decide whether threats were made immediately before the respondent shot Edsell and Raymond, they are also very relevant in determining what the respondent believed, not only concerning the existence of the threats, but also concerning her apprehension of the risk of death and her belief in the need to use deadly force. By failing to mention these two elements in his answer, the trial judge seriously limited the relevance of the earlier threats. In explaining how these threats could be used he should actually have referred not only to s. 265(1)(*b*) but also, most importantly, to s. 34(2) of the *Code*.

The importance of failing to relate the earlier threats to the elements of self-defence cannot be underestimated. The threats made by Edsell throughout his cohabitation with the respondent are very relevant in determining whether the respondent had a reasonable apprehension of danger and a reasonable belief in the need to kill

faut pas que l'attention du jury soit détournée de sa véritable préoccupation, la culpabilité de l'accusée, par une enquête sur la culpabilité de la victime.

Deuxièmement, et c'est là le point crucial, la réponse du juge a pu faire croire au jury que les menaces proférées avant le 21 juillet ne pouvaient pas servir à autre chose qu'à évaluer l'existence de l'attaque et la capacité de l'assaillant, niant ainsi leur pertinence quant à l'appréhension raisonnable d'un danger de mort ou de lésions corporelles graves et quant à la croyance qu'il n'y avait pas d'autre solution que de tuer l'agresseur. En effet, le juge dit que les menaces antérieures servent à «évaluer l'attaque le soir du 21 juillet». Il précise ensuite ce que signifie «évaluer l'attaque»:

> ... ces actes ou menaces antérieurs vous permettent de déterminer si Alain Raymond et Serge Edsell ont tenté ou menacé [...] d'employer la force contre Madame Pétel [...] si l'assaillant était en mesure actuelle ou s'il portait [...] la présumée victime à croire, pour des motifs raisonnables, qu'il était alors en mesure actuelle d'accomplir son dessein. [Je souligne.]

En fait, le juge reprend ici presque textuellement le libellé de l'al. 265(1)*b*) du *Code criminel*. Même s'il est vrai que les menaces antérieures peuvent permettre au jury de décider si des menaces ont été proférées immédiatement avant que l'intimée abatte Edsell et Raymond, elles sont également très pertinentes pour déterminer ce que croyait l'intimée, non seulement quant à l'existence des menaces, mais aussi quant à son appréhension d'un danger de mort et à sa croyance à la nécessité du recours à la force meurtrière. En omettant de mentionner ces deux éléments dans sa réponse, le juge du procès a sérieusement limité la pertinence des menaces passées. En fait, en expliquant à quoi pouvaient servir ces menaces, il aurait dû faire référence non seulement à l'al. 265(1)*b*), mais aussi et surtout au par. 34(2) du *Code*.

On ne saurait sous-estimer l'importance de l'omission de relier les menaces passées aux éléments constitutifs de la légitime défense. Les menaces qu'Edsell a proférées tout au long de sa cohabitation avec l'intimée sont très pertinentes pour déterminer si l'intimée avait une appréhension raisonnable du danger et une croyance raison-

Edsell and Raymond. The threats prior to July 21 form an integral part of the circumstances on which the perception of the accused might have been based. The judge's answer to this question might thus have led the jury to disregard the entire atmosphere of terror which the respondent said pervaded her house. It is clear that the way in which a reasonable person would have acted cannot be assessed without taking into account these crucial circumstances. As Wilson J. noted in *Lavallee*, at p. 883:

> The issue is not, however, what an outsider would have reasonably perceived but what the accused reasonably perceived, given her situation and her experience.

By unduly limiting the relevance of the previous threats the judge in a sense invited the jury to determine what an outsider would have done in the same situation as the respondent.

VI. Conclusion

The undisputed evidence that Edsell, her alleged attacker, handed over his weapon and asked his future victim to hide it, conduct that is odd to say the least for someone intending to kill, must have had a clear effect on the jury, indeed on any jury composed of reasonable individuals. In the Court of Appeal and in this Court, however, counsel for the Crown did not argue that, given the evidence in this case, no substantial wrong or miscarriage of justice occurred, and that s. 686(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code* should thus be applied. The Crown has the burden of showing that this provision is applicable: *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739. This Court cannot apply it *proprio motu*. Having found an error of law in the judge's answer to the question by the jury, I must accordingly dismiss the appeal and affirm the order for a new trial.

nable à la nécessité de tuer Edsell et Raymond. Les menaces antérieures au 21 juillet font partie intégrante des circonstances qui ont pu fonder la perception de l'accusée. La réponse du juge à cette question a donc pu entraîner le jury à écarter tout le climat de terreur qui, selon l'intimée, régnait dans sa maison. Or, il est évident qu'on ne saurait apprécier la conduite qu'aurait eue une personne raisonnable en faisant abstraction de ces circonstances cruciales. Comme le souligne le juge Wilson dans *Lavallee*, à la p. 883:

> Toutefois la question n'est pas de savoir ce qu'un étranger aurait raisonnablement cru mais bien de savoir ce que l'accusée a raisonnablement cru, compte tenu de sa situation et de ses expériences antérieures.

En limitant indûment la pertinence des menaces antérieures, le juge a en quelque sorte invité le jury à déterminer ce qu'un étranger aurait fait dans la même situation que l'intimée.

VI. Conclusion

La preuve incontestée à l'effet qu'Edsell, son supposé agresseur, s'est départi de son arme en demandant à sa future victime de la dissimuler, un comportement à tout le moins bizarre de la part de quelqu'un qui veut tuer, a dû avoir un effet certain sur les jurés, voir même sur n'importe quel jury composé de personnes raisonnables. Cependant, en Cour d'appel et devant cette Cour, le procureur de la Couronne n'a pas plaidé que, eu égard à la preuve en l'espèce, il ne s'était produit aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave, donnant ainsi ouverture à l'application du sous-al. 686(1)*b*)(iii) du *Code criminel*. La Couronne a le fardeau de démontrer que cette disposition est applicable: *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739. Cette Cour ne saurait l'invoquer *proprio motu*. Ayant constaté l'erreur de droit dans la réponse du juge à la question du jury, je dois donc rejeter l'appel et confirmer l'ordonnance de nouveau procès.

English version of the reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Major JJ. delivered by

GONTHIER J. (dissenting) — I have had the benefit of reading the reasons of the Chief Justice. I agree with his statement of the applicable principles of law and his explanation of those principles. However, I cannot concur in his reading of the answer given by the trial judge to the question asked by the jury regarding previous threats or acts and the threats of the evening of July 21, 1989 as they affect the definition of self-defence. In my view the judge's answer did not overlook the very important element of the accused's belief. In his answer to the jury the judge clearly said:

[TRANSLATION] In other words, these previous acts or threats help you to determine whether Alain Raymond and Serge Edsell attempted or threatened . . . on the evening of July 21, by an act or a gesture, to apply force to Mrs. Pétel, to her daughter or to her granddaughter, whether the assailant had or caused . . . the alleged victim to believe on reasonable grounds that he had present ability to effect his purpose. [Emphasis added.]

It is true that the judge did not elaborate on the accused's belief, nor did he elaborate on the elements of the definition of self-defence other than the relative importance of the previous threats and the threats at the time of the crime, which was all that the question asked by the jury dealt with.

However, he emphasized and pointed to each of the elements of this defence by three times re-reading s. 265(1)(*b*) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. He could not have done this any better or any more succinctly and clearly. This re-reading, which he characterized as such, repeated his reading of the paragraph in his general charge the day before, which was immediately followed by clear and complete explanations of the essential criterion of the accused's state of mind at the time she caused the death, including her apprehension of death or grievous bodily harm from which she could not preserve herself except by the force she used.

Les motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Major ont été rendus par

LE JUGE GONTHIER (dissident) — J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs du Juge en chef. Je suis en accord avec son exposé des principes de droit applicables et les explications qu'il en donne. Je ne partage cependant pas la lecture qu'il fait de la réponse du juge du procès à la question posée par le jury sur les menaces ou actes antérieurs et les menaces du soir du 21 juillet 1989 en regard de la définition de légitime défense. À mon sens, la réponse du juge n'écarte pas l'élément très important de la croyance de l'accusée. En effet, dans sa réponse au jury, le juge dit bien:

En d'autres termes, ces actes ou menaces antérieurs vous permettent de déterminer si Alain Raymond et Serge Edsell [. . .] ont tenté ou menacé ce soir-là du 21 juillet, par un acte ou un geste, d'employer la force contre Madame Pétel, contre sa fille ou contre sa petite fille, si l'assaillant était en mesure actuelle ou s'il portait [. . .] la présumée victime à croire, pour des motifs raisonnables, qu'il était alors en mesure actuelle d'accomplir son dessein. [Je souligne.]

Le juge, il est vrai, ne donne pas d'autres explications touchant la croyance de l'accusée, non plus qu'il n'explique davantage les éléments de la définition de légitime défense autres que l'importance relative des menaces antérieures et des menaces au moment du crime, qui seule faisait l'objet de la question posée par le jury.

Cependant, il insiste et souligne chacun des éléments de cette défense en relisant à trois reprises l'al. 265(1)*b*) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Il ne pouvait mieux, ni plus succinctement et clairement le faire. Cette relecture qualifiée comme telle reprend la lecture qu'il en avait faite lors de sa directive générale la veille, lecture qui était immédiatement suivie d'explications claires et complètes sur le critère essentiel de l'état d'esprit de l'accusée au moment où elle a causé la mort, y compris son appréhension de la mort ou d'une lésion corporelle grave auxquelles elle ne pouvait se soustraire que par la force qu'elle a employée.

There could be no doubt as to the "purpose" in question. Only one thing was discussed, the purpose to kill on the part of the victim. The belief on reasonable grounds that the victim had present ability to effect this purpose could mean nothing other than the accused's belief that the victim was capable of killing the accused, thus leaving her no alternative but to act first. With all due respect, I cannot conclude that the judge's answer could have been understood by the jury or could have led it to make a finding other than on the basis of a reasonable belief by the accused in a danger of death which she could not avoid except by killing her attacker. In my opinion, the judge's answer contained no error and was adequate.

I would therefore allow the appeal. I would set aside the Court of Appeal's judgment and restore the guilty verdict.

Appeal dismissed, LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER *and* MAJOR JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: Claude Chartrand, Longueuil.

Solicitors for the respondent: Rolland, Pariseau, Olivier & St-Louis, Montréal.

Le «dessein» dont il est question ne pouvait soulever quelque doute. Il n'avait été question que d'une seule chose, le dessein de tuer de la part de la victime. La croyance pour des motifs raisonnables que la victime était en mesure actuelle d'accomplir ce dessein ne pouvait signifier autre chose que la croyance de l'accusée que la victime était en mesure de réussir à tuer l'accusée, ne laissant donc à celle-ci que l'alternative d'agir la première. En toute déférence, je ne puis conclure que la réponse du juge ait pu être comprise par le jury ou ait pu l'amener à se prononcer autrement qu'en fonction d'une croyance raisonnable de l'accusée d'un danger de mort auquel elle ne pouvait obvier qu'en tuant l'agresseur. À mon avis, la réponse du juge ne comportait pas d'erreur et était adéquate.

J'accueillerais donc le pourvoi. J'infirmerais le jugement de la Cour d'appel et rétablirais le verdict de culpabilité.

Pourvoi rejeté, les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER *et* MAJOR *sont dissidents.*

Procureur de l'appelante: Claude Chartrand, Longueuil.

Procureurs de l'intimée: Rolland, Pariseau, Olivier & St-Louis, Montréal.

Nicola Colarusso *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

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

INDEXED AS: R. *v.* COLARUSSO

File No.: 22433.

1993: March 30; 1994: January 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Coroners Act permitting warrantless seizures by coroners — Whether provision violates s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Coroners Act, R.S.O. 1980, c. 93, s. 16(2)(a) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Constitutional law — Validity of legislation — Whether investigatory provisions of Coroners Act intra vires province — Coroners Act, R.S.O. 1980, c. 93, s. 16(2)(a) — Constitution Act, 1867, s. 91(27).

Appellant was an impaired driver involved in two serious accidents within the course of a few minutes. He first struck a pick-up truck from behind sending it out of control, stopped briefly and drove on. Both occupants of the truck received significant injuries. Minutes later, appellant's vehicle crossed the centre line of the highway and was involved in a head-on collision killing the innocent driver. Appellant had been driving without headlights at the time of the second accident — 1:30 a.m. The police arrived shortly after the second accident. Appellant had been knocked unconscious, was disoriented on regaining consciousness and his breath

Nicola Colarusso *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec et le procureur général du Nouveau-Brunswick *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* COLARUSSO

N° du greffe: 22433.

1993: 30 mars; 1994: 26 janvier.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Saisies sans mandat par les coroners autorisées par la Loi sur les coroners — La disposition viole-t-elle l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur les coroners, L.R.O. 1980, ch. 93, art. 16(2)a) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Droit constitutionnel — Validité d'une disposition législative — La province avait-elle compétence pour adopter les dispositions relatives aux investigations de la Loi sur les coroners? — Loi sur les coroners, L.R.O. 1980, ch. 93, art. 16(2)a) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27).

L'appelant, alors qu'il conduisait avec les facultés affaiblies, a été impliqué dans deux accidents graves survenus à quelques minutes d'intervalle. Il a d'abord heurté par derrière une camionnette, de sorte que le conducteur en a perdu la maîtrise. Il s'est arrêté brièvement puis a repris la route. Les deux occupants de la camionnette ont subi des blessures graves. Quelques minutes plus tard, le véhicule de l'appelant a traversé la ligne médiane, est entré en collision frontale avec un autre véhicule, causant la mort de l'innocente conductrice de celui-ci. L'appelant conduisait les phares éteints au moment du second accident, soit à 1 h 30. La police est

smelled of alcohol. Formal demand was made for a breath sample, but no sample was taken. The police arrested appellant and took him to hospital where medical staff took blood and, assisted by a police officer, urine samples as part of a standard "Trauma Protocol Procedure". Although appellant was initially uncooperative, he ultimately consented to the samples being taken for medical purposes only.

A lab technician gave samples of the blood and urine to the coroner at the coroner's request pursuant to s. 16(2) of the *Coroners Act* but only after the coroner wrote a signed note explaining why he wanted the samples. The coroner then turned the samples over to a police officer at the hospital with instructions that they be properly stored and be taken for analysis.

Appellant was convicted. At trial, the analyst's testimony as to appellant's blood alcohol level, as determined by the tests done on the samples, formed an important part of appellant's convictions as the police had not obtained any independent bodily fluid or breathalyser sample from the appellant. The Court of Appeal upheld appellant's convictions. Here, the constitutional questions queried: (1) whether s. 16(2) of the *Coroners Act* infringed the *Charter* guarantee against unreasonable search and seizure (s. 8); (2) and if so, whether it was saved by s. 1; and (3) whether s. 16(2) was *ultra vires* the province because it encroached on the federal criminal law power.

Held: The appeal should be dismissed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Iacobucci JJ.: Where a bodily sample is seized by a party other than the police but is ultimately used against the individual in a criminal prosecution, the court must go beyond the initial non-police seizure and determine whether the actions of the police constitute a seizure by the state or make the initially valid seizure by the coroner unreasonable.

Absent evidence to the contrary, the finding that the police officer who helped appellant urinate into a bottle at the hospital was acting as agent of the hospital and not as a police officer should stand. The presence of the

arrivée peu après ce second accident. L'appelant, qui avait perdu connaissance, était désorienté quand il a repris ses esprits, et son haleine sentait l'alcool. Une demande officielle d'échantillon d'haleine a été faite, mais aucun n'a été prélevé. La police a arrêté l'appelant et l'a conduit à l'hôpital, où le personnel médical a prélevé des échantillons de sang et, avec l'aide d'un policier, d'urine dans le cadre des mesures normales en matière traumatologique. Bien qu'initialement peu coopératif, l'appelant a finalement consenti au prélèvement d'échantillons à des fins purement médicales.

Une technicienne de laboratoire a remis des échantillons de sang et d'urine au coroner à sa demande, conformément au par. 16(2) de la *Loi sur les coroners*, mais seulement après qu'il eut rédigé et signé une note expliquant pourquoi il en avait besoin. Le coroner a ensuite remis les échantillons à un policier à l'hôpital le chargeant de les garder en lieu sûr et de les faire analyser.

L'appelant a été reconnu coupable. Au procès, le témoignage de l'analyste relativement au taux d'alcoolémie de l'appelant, établi au moyen des analyses auxquelles avaient été soumis les échantillons, a joué un rôle important dans les verdicts de culpabilité puisque la police elle-même n'avait obtenu de l'appelant aucun échantillon de liquides organiques ni d'haleine. La Cour d'appel a confirmé les déclarations de culpabilité. Les questions constitutionnelles posées en l'espèce sont celles de savoir: (1) si le par. 16(2) de la *Loi sur les coroners* viole la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garantie dans la *Charte* (art. 8); (2) dans l'affirmative, s'il est sauvegardé par l'article premier; et (3) si le par. 16(2) excède la compétence de la province parce qu'il empiète sur la compétence fédérale en matière de droit criminel.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Iacobucci: Dans un cas où un échantillon d'une substance organique est saisi par quelqu'un d'autre qu'un policier, mais où on finit par s'en servir dans une poursuite criminelle contre la personne dont il provient, le tribunal ne doit pas s'en tenir au fait que la saisie initiale n'a pas été effectuée par la police et doit se demander si les actes de la police constituent une saisie par l'État ou s'ils rendent abusive la saisie légitime initialement effectuée par le coroner.

Vu l'absence de preuve contraire, la conclusion que le policier qui a aidé l'appelant à uriner dans la bouteille agissait en tant que mandataire de l'hôpital et non pas en sa qualité de policier devrait être maintenue. La pré-

officer, however, was unwise as the hospital staff could have obtained the sample themselves.

The activities of the police after the arrival of the coroner at the hospital could be viewed in two different ways: (1) as amounting to a seizure by the police independent of the prior seizure by the coroner, and (2) as making the originally valid seizure by the coroner unreasonable because that seizure was not confined to the limited statutory purpose but the evidence seized was ultimately used for law enforcement purposes. The seizure, however viewed, violated the guarantee against unreasonable search and seizure in s. 8 of the *Charter*.

The protection of s. 8 of the *Charter* can be invoked not only if the bodily fluid sample is taken directly from the person whose rights are affected (and from whom the sample originated) but also from the medical staff who extracted the sample. This protection of s. 8 necessarily extends to a state seizure where the "taking" is from the immediate possession of another person who is lawfully in possession of the bodily sample.

Here, the criminal investigation was already under way when the coroner gave the samples to the police. The evidence, prior to the taking of the blood and urine samples, was insufficient to sustain a conviction for the impaired driving offences. The police knew that further evidence of intoxication was required and consequently made a formal demand for a breathalyser sample at the accident scene. After the coroner gave the blood and urine samples to the police officers for the purpose of transporting it to the laboratory, no further attempt was made to obtain a breathalyser sample or a warrant for a blood sample. The police must have known that they could use the results of the analysis as evidence against the appellant and may have regarded the blood sample as the best available evidence. Given the effective control by the police over the samples held by another agent of the state, the police seized the blood sample from the appellant independently of the coroner's seizure (although the police seizure was obviously facilitated by the actions of the coroner).

The actions of the police violated appellant's right to be secure against unreasonable seizures. The reasonable expectation of privacy in one's own bodily fluids guar-

sence du policier était toutefois malavisée puisque le personnel de l'hôpital aurait pu obtenir l'échantillon sans aide.

Les actes de la police après l'arrivée du coroner à l'hôpital peuvent être considérés sous deux angles différents: (1) comme constituant une saisie par la police, indépendante de la saisie antérieure effectuée par le coroner, et (2) comme rendant abusive la saisie initialement légitime par le coroner parce que cette saisie n'a pas servi qu'aux fins limitées prescrites par la loi, mais que les éléments de preuve saisis ont fini par servir aux fins de l'application de la loi. Considérée d'une façon ou d'une autre, la saisie violait le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*.

La protection de l'art. 8 de la *Charte* peut être invoquée si l'échantillon d'un liquide organique est pris non seulement directement à la personne dont les droits sont lésés (et de qui provient l'échantillon), mais aussi au personnel médical qui a prélevé l'échantillon. Cette protection s'étend nécessairement au cas d'une saisie par l'État, qui «prend» directement l'échantillon à une autre personne qui en a légalement la possession.

En l'espèce, l'enquête criminelle était déjà en cours au moment où le coroner a remis les échantillons à la police. Avant le prélèvement des échantillons de sang et d'urine, la preuve ne suffisait pas à fonder une déclaration de culpabilité relativement aux infractions de conduite avec facultés affaiblies. La police savait qu'il lui fallait une preuve supplémentaire d'ivresse et elle a en conséquence demandé officiellement un échantillon d'haleine sur les lieux de l'accident. Après que le coroner eut remis les échantillons de sang et d'urine aux policiers pour qu'ils les transportent au laboratoire, aucune nouvelle tentative n'a été faite d'obtenir un échantillon d'haleine ou un mandat autorisant la prise d'un échantillon de sang. La police devait savoir qu'elle allait pouvoir utiliser les résultats de l'analyse comme preuve contre l'appelant et elle a peut-être considéré l'échantillon de sang comme le meilleur élément de preuve dont elle disposait. Étant donné qu'elle avait dans les faits la mainmise sur les échantillons détenus par un autre mandataire de l'État, la police a saisi l'échantillon de sang de l'appelant et elle l'a fait indépendamment de la saisie effectuée par le coroner (quoique la saisie policière ait évidemment été facilitée par les actes de celui-ci).

Les actes de la police portaient atteinte au droit de l'appelant à la protection contre les saisies abusives. L'attente raisonnable en matière de vie privée relative-

anteed by s. 8 of the *Charter* is not diminished merely because a coroner chooses to exercise his or her power to seize evidence under s. 16(2) of the *Coroners Act*. The coroner's intervention accordingly did not alter the fact that the police must comply with the requirement in *Hunter v. Southam Inc.* that prior judicial authorization be obtained before seizing a bodily sample. The note written by the coroner to obtain the release of the samples from the hospital staff failed to meet the standards of a seizure for criminal investigation purposes because the coroner is not an independent judicial officer and the standard with which the coroner must comply is only the good faith belief that the evidence is necessary for the purposes of his or her non-criminal investigation. The subpoena obtained to bring the analyst to trial too was inadequate because it was not obtained until after the seizure by the police occurred and the evidence obtained by means of the subpoena was therefore the fruit of the invalid procedure.

The seizure, when the evidence was being used by the coroner for valid non-criminal purposes within the scope of the *Coroners Act*, was reasonable and did not violate s. 8 of the *Charter*. A lower standard than the *Hunter* requirement of prior judicial authorization may be acceptable in such circumstances. However, once the evidence or the information derived from it is appropriated by the state's criminal law enforcement arm for use against the person from whom it was seized, the seizure will become unreasonable and run afoul of s. 8 of the *Charter*. The state's criminal law enforcement arm cannot "piggy back" the coroner's investigation to circumvent the guarantees of *Hunter*.

It was not necessary to decide the constitutional questions, either as regards the alleged breach of the *Charter* or as regards the constitutional powers of the province relating to s. 16(2) of the *Coroners Act* under the *Constitution Act, 1867* because the search, even assuming validity, was unreasonable.

While provincial legislation governing the conduct of inquests does not generally constitute an improper intrusion into the federal criminal law power, all the investigative powers granted to coroners are not necessarily within the legislative competence of the provinces. Even though an inquest is only held in the absence of any criminal charges, the coroner's investigation may over-

ment à ses propres liquides organiques, qui est garantie par l'art. 8 de la *Charte*, n'est pas amoindrie du simple fait qu'un coroner décide d'exercer le pouvoir de saisir des éléments de preuve que lui confère le par. 16(2) de la *Loi sur les coroners*. Cela étant, l'intervention du coroner ne change rien à l'obligation des policiers d'obtenir, conformément à l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, une autorisation judiciaire avant de saisir un échantillon d'une substance organique. La note rédigée par le coroner pour se faire remettre les échantillons par le personnel de l'hôpital ne répondait pas aux normes d'une saisie à des fins d'enquête criminelle puisque le coroner n'a pas qualité d'officier de justice indépendant et qu'il suffit dans son cas qu'il croie en toute bonne foi avoir besoin de l'élément de preuve en question pour mener à bien son investigation, qui n'est pas de nature criminelle. Pour ce qui est de l'assignation à comparaître de l'analyste, elle était inappropriée parce qu'elle n'a été obtenue qu'après la saisie effectuée par la police. La preuve ainsi recueillie devait donc son existence à cette procédure non valide.

Pendant que le coroner se servait de la preuve à des fins valables ne relevant pas du droit criminel en conformité avec la *Loi sur les coroners*, la saisie n'était pas abusive et n'allait pas à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte*. Une norme moins sévère que celle de l'autorisation judiciaire préalable prescrite dans l'arrêt *Hunter* peut être acceptable dans de telles circonstances. Toutefois, lorsque la branche de l'État chargée de l'application du droit criminel s'approprie cette preuve ou l'information qui en dérive pour l'utiliser contre la personne de qui elle a été saisie, la saisie devient abusive et constitue une violation de l'art. 8 de la *Charte*. La branche de l'État chargée de l'application du droit criminel ne devrait pas pouvoir se servir de l'investigation du coroner pour contourner les garanties énoncées dans l'arrêt *Hunter*.

Il n'était pas nécessaire de trancher les questions constitutionnelles, en ce qui concerne ni la violation alléguée de la *Charte* ni les pouvoirs constitutionnels conférés à la province par la *Loi constitutionnelle de 1867* en tant qu'ils se rapportent au par. 16(2) de la *Loi sur les coroners*, car la saisie, même à supposer que cette disposition soit constitutionnelle, était abusive.

Bien qu'une loi provinciale régissant la tenue d'enquêtes ne constitue pas en règle générale un empiétement illégitime sur le domaine du droit criminel réservé au législateur fédéral, il ne s'ensuit pas nécessairement que tous les pouvoirs d'investigation conférés aux coroners relèvent de la compétence législative des provinces. Bien qu'une enquête ne se tienne qu'en l'absence d'ac-

lap with an existing police investigation after charges have been laid or where charges may be pending. The potential for unacceptable infringement on the federal criminal law power is therefore greater at the investigative stage than during the inquest itself. The coroner's dependency on the police during the investigative stage mandated under s. 16(4) and s. 16(5) of the *Coroners Act* brings these provisions dangerously close to the boundary of legislation in the sphere of the federal criminal law power.

The coroner cannot be allowed to be in the position of assisting the criminal investigation through his or her compliance with the mandatory elements of s. 16(5) of the *Coroners Act*. The coroner can seize without complying with the *Hunter* standards because he or she does so for a purpose that is unrelated to a criminal investigation. Section 16(5) of the *Coroners Act* cannot be interpreted to permit the coroner to convert this exemption from these standards into an exemption for the police in the conduct of a criminal investigation. The application of s. 16(5) of the *Coroners Act* must be restricted to situations in which it can clearly be determined that the police officers are acting merely as the agents of the coroner. Any other interpretation would imperil its constitutional validity. The police officers here were not acting as the agents of the coroner at the material times; rather, they were acting in furtherance of their criminal investigation.

Section 16(4), which provides that a coroner may authorize a police officer or a medical practitioner to exercise all the investigative powers granted to the coroner in s. 16(2), is equally troubling. This provision allows a coroner to delegate certain powers in emergency situations where he or she is unable to attend at the scene immediately. The danger is that the distinction between the coroner's investigation and the criminal investigation will be obliterated and the two investigations amalgamated into one. As well, by delegating s. 16(2) powers to the police, a coroner is giving the police investigatory powers beyond that which they normally possess given the reduced procedural requirements with which the investigator must comply under s. 16.

In determining whether evidence should be rejected under s. 24(2) of the *Charter* as bringing the administration of justice into disrepute, three factors should be considered: (1) the effect of admission of the evidence on the fairness of the trial process; (2) the seriousness of

cusations criminelles, l'investigation peut chevaucher sur une enquête policière déjà en cours après que des accusations ont été portées ou dans des cas où elles ne l'ont pas encore été. Cela étant, le risque d'un empiétement inacceptable sur le pouvoir fédéral en matière de droit criminel s'avère plus grand au stade de l'investigation que pendant l'enquête du coroner elle-même. Les paragraphes 16(4) et 16(5) de la *Loi sur les coroners*, du fait qu'ils mettent le coroner dans un état de dépendance par rapport à la police au stade de l'investigation, confinent dangereusement au domaine fédéral du droit criminel.

On ne peut permettre que le coroner se trouve à prêter son concours à l'enquête criminelle parce qu'il observe les prescriptions du par. 16(5) de la *Loi sur les coroners*. Le coroner peut effectuer une saisie sans se conformer aux normes de l'arrêt *Hunter* parce qu'il le fait pour un motif qui n'a rien à voir avec une enquête criminelle. On ne saurait interpréter le par. 16(5) de la *Loi sur les coroners* comme permettant au coroner de transformer cette dérogation à l'obligation de se conformer à ces normes en une dérogation accordée à la police dans la poursuite d'une enquête criminelle. L'application du par. 16(5) de la *Loi sur les coroners* doit se limiter aux situations où l'on peut clairement déterminer que les policiers n'agissent qu'à titre de mandataires du coroner. Toute autre interprétation mettrait en péril sa constitutionnalité. Les policiers n'agissaient pas, en l'espèce, à titre de mandataires du coroner aux moments en cause, mais plutôt pour faire avancer leur enquête criminelle.

Le paragraphe 16(4), qui dispose que le coroner peut autoriser un policier ou un médecin à exercer la totalité des pouvoirs d'investigation que lui confère le par. 16(2), est tout aussi inquiétant. Cette disposition permet au coroner de déléguer certains pouvoirs dans des situations d'urgence où il se voit dans l'impossibilité de se rendre immédiatement sur les lieux. Le danger est que la distinction entre l'investigation du coroner et l'enquête criminelle s'efface et que les deux se confondent. De plus, vu les exigences procédurales moins sévères que l'art. 16 impose à l'enquêteur, en déléguant à la police les pouvoirs qu'il détient aux termes du par. 16(2), le coroner lui donne des pouvoirs d'enquête plus étendus que ceux qu'elle possède normalement.

Il faut prendre en considération trois facteurs pour déterminer si la preuve devrait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte* parce que son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice: (1) l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du

the *Charter* violation; and (3) the effect of exclusion on the reputation of the administration of justice.

The evidence of the forensic analyst at trial as to the alcohol content of the blood sample should not be excluded under s. 24(2) of the *Charter*: its admission would not bring the administration of justice into disrepute. The independent and prior existence of the sample, completely apart from any s. 8 infringement by the state, is an important consideration weighing on the side of allowing the introduction of the evidence. So too was the fact that all parties to the gathering of the samples — the medical staff, the coroner and the police — acted in good faith and believed that they were acting within the areas of their authority. The critical evidence would almost certainly have been discovered absent the violation and would have been obtained under a warrant. The *Charter* infringement accordingly had only a minimal effect on the outcome of the trial. Finally, the offence occurred in such aggravating circumstances that the repute of the administration of justice would be negatively affected if the evidence were to be excluded.

Per Lamer C.J. and Cory, McLachlin and Major JJ.: Appellate interference with the finding that the samples were taken with appellant's consent solely for medical purposes was unwarranted because the evidence supported this finding. The act of obtaining these samples did not constitute a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*. The coroner's taking the samples from the hospital staff was conceded to constitute a seizure for the purposes of s. 8 of the *Charter*; the hospital held them solely for medical reasons. The tendering of the coroner's samples and analysis into evidence at criminal proceedings did not constitute a further seizure.

The police did not need to obtain a warrant to obtain blood from the accused or pursue their demand for a breath sample because the samples existed and were analysed. An important distinction exists between obtaining samples in breach of the accused's right to refuse treatment and the use in court of evidence obtained pursuant to statutory authority. The only seizure attracting s. 8 scrutiny was that by the coroner under s. 16(2) of the *Coroners Act*.

The coroner's seizure was reasonable because it was authorized by the *Coroners Act* which was both valid and reasonable and it was effected in a reasonable manner. The coroner was entitled, and perhaps required by

procès; (2) la gravité de la violation de la *Charte*; et (3) l'effet de l'exclusion sur la considération dont jouit l'administration de la justice.

La déposition relative au taux d'alcoolémie dans l'échantillon de sang qu'a faite au procès l'analyste médico-légal ne devrait pas être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*: son utilisation n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. L'existence distincte et antérieure de l'échantillon tout à fait indépendamment d'une violation quelconque de l'art. 8 par l'État milite fortement en faveur de l'admission de la preuve. Il en est de même du fait que tous les intéressés au prélèvement des échantillons — le personnel de l'hôpital, le coroner et la police — ont agi de bonne foi et ont cru agir dans l'exercice de pouvoirs qui leur avaient été conférés. Les éléments de preuve critiques auraient presque certainement été découverts sans la violation, et auraient été recueillis au moyen d'un mandat. Par conséquent, la violation de la *Charte* n'a eu qu'un effet minime sur l'issue du procès. Enfin, l'infraction a été accompagnée de circonstances si aggravantes que cela nuirait assurément à la considération dont jouit l'administration de la justice si la preuve était écartée.

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin et Major: Rien ne justifie qu'un tribunal d'appel touche à la conclusion que les échantillons ont été prélevés avec le consentement de l'appelant à des fins purement médicales parce qu'elle est appuyée par la preuve. L'obtention de ces échantillons ne constituait pas une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*. On a toutefois reconnu que le fait pour le coroner de prendre les échantillons au personnel de l'hôpital constituait une telle saisie. La production des échantillons et de l'analyse du coroner en preuve dans le cadre de la poursuite criminelle ne constituait pas une nouvelle saisie.

La police n'avait pas à obtenir de mandat autorisant le prélèvement d'un échantillon du sang de l'accusé ou à persister dans la demande d'un échantillon d'haleine puisque des échantillons existaient déjà et ont été analysés. Il y a une différence importante entre obtenir des échantillons en violation du droit de l'accusé de refuser un traitement et utiliser en cour une preuve recueillie dans l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi. L'unique saisie donnant lieu à un examen en fonction de l'art. 8 est celle effectuée par le coroner en application du par. 16(2) de la *Loi sur les coroners*.

La saisie par le coroner n'était pas abusive parce qu'elle était autorisée par la *Loi sur les coroners*, elle-même valide et raisonnable, et qu'elle a été effectuée d'une manière non abusive. Le coroner était en droit —

law, to continue his investigation notwithstanding the simultaneous police investigation. Section 27 of the *Coroners Act* does not bar investigation by a coroner when a person has been (or is likely to be) charged with an offence under the *Criminal Code* in respect of the death in question.

Assuming the constitutionality of the rest of s. 16, which is not challenged, the powers conferred under s. 16(2) of the *Coroners Act* are *intra vires* the province. These powers are incidental to the duties assigned to coroners, notably to investigate a death to determine if an inquest is necessary. This power, when used to seize samples of bodily substances of an accused, does not constitute an intrusion by provincial action of the sanctity of the right to remain silent and therefore does not violate the federal criminal law power.

The seizure was reasonable and accordingly did not violate s. 8 of the *Charter* notwithstanding the absence of prior judicial authorization. The reasonableness of the power granted must be analysed in light of the particular context in which it operates. Here, the coroner has both investigative and quasi-judicial duties. The criterion in *Hunter v. Southam Inc.* that there be reasonable and probable cause to believe that a specific offence has been committed was inapplicable in this context because the coroner's role was not to investigate crime or to reach any conclusions about whether a crime has been committed. Given this irrelevancy, the applicability of the other *Hunter v. Southam Inc.* criteria was doubtful.

No police seizure occurred here. The court must focus on how the public authority (the police) obtained the samples. Here, the coroner obtained the samples pursuant to s. 16(2) of the *Coroners Act* and turned them over to the police for safekeeping pursuant to s. 16(5). Assuming the constitutionality of s. 16(2), no taking by the police of the samples occurred without the person's consent apart from the actions which are consequent upon the coroner's seizure. No complaint was made as to the discovery of the evidence (implicating the law of search) or as to the steps taken to preserve it (implicating the law of seizure). The police knew of the evidence

la loi l'y obligeait peut-être d'ailleurs — de poursuivre son investigation malgré l'enquête policière qui se déroulait simultanément. L'article 27 de la *Loi sur les coroners* n'empêche pas le coroner de tenir son investigation dans un cas où une personne a été (ou sera probablement) accusée d'une infraction au *Code criminel* relativement à la mort en question.

Tenant pour acquis la constitutionnalité du reste de l'art. 16, qui n'est pas contestée, les pouvoirs que confère le par. 16(2) de la *Loi sur les coroners* relèvent de la compétence de la province. Ils sont accessoires aux fonctions attribuées aux coroners, dont notamment celle consistant à tenir une investigation sur la mort d'une personne afin de déterminer si une enquête s'impose. Exercé pour la saisie d'échantillons de substances organiques de l'accusé, ce pouvoir ne constitue pas une violation par la province du droit sacré de garder le silence ni, partant, un empiétement sur le pouvoir fédéral en matière de droit criminel.

La saisie n'était pas abusive et, par conséquent, ne violait pas l'art. 8 de la *Charte*, même s'il n'y a pas eu d'autorisation judiciaire préalable. Le caractère raisonnable du pouvoir conféré doit être analysé en fonction du contexte particulier dans lequel il s'exerce. En l'espèce, le coroner remplit tout à la fois des fonctions d'investigation et des fonctions quasi judiciaires. Le critère énoncé dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, selon lequel on doit avoir des motifs raisonnables et probables de croire à la perpétration d'une infraction particulière, ne s'applique pas dans le présent contexte, car le coroner ne fait pas d'enquête criminelle ni ne décide si un crime a effectivement été commis. Vu cette non-pertinence, l'applicabilité des autres critères énoncés dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* devient douteuse.

Il n'y a pas eu de saisie par la police en l'espèce. La cour doit axer son examen sur la façon dont les autorités (la police) ont obtenu l'échantillon. En l'espèce, le coroner a obtenu les échantillons en vertu du par. 16(2) de la *Loi sur les coroners* et les a remis à la police pour qu'elle les garde en lieu sûr conformément au par. 16(5). Si l'on tient pour acquis la constitutionnalité du par. 16(2), la police n'a pas pris les échantillons sans le consentement de l'intéressé, si ce n'est dans le cas des actes accomplis consécutivement à la saisie effectuée par le coroner. L'appelant ne trouve pas à redire à la façon dont les éléments de preuve ont été découverts (cas dans lequel se serait appliqué le droit relatif aux fouilles et aux perquisitions) ni aux mesures prises pour en assurer la conservation (cas dans lequel se serait appliqué le droit relatif aux saisies). La police connaissait l'existence de la preuve, mais ne se souciait de sa

and were not concerned to preserve it apart from fulfilling their duties with respect to the *Coroner's Act*.

There was no improper cooperation among the coroner, the police and medical personnel so as to cause the police actions to constitute a seizure. The presence of the police officer in the emergency department was quite proper given that the accused was under arrest. The hospital lab technician was initially reluctant to turn over the samples to the coroner and only did so after speaking to the attending physician and obtaining a written note from the coroner. The police were required to take charge of the samples by virtue of s. 16(5) of the *Coroners Act*. (The constitutionality of this provision was not challenged here.)

It was not necessary to decide if calling the analyst to testify as to the significance of the samples constituted a seizure by the Crown within the meaning of s. 8 of the *Charter*. Even if this is characterized as a seizure within the meaning of s. 8, it is reasonable. The *Thomson* criteria for prior authorization were met as far as the introduction of the evidence at trial was concerned. Given these circumstances, the interest of the state in taking and using the information took precedence over the accused's privacy interest. His rights under s. 8 were not violated by the production of the evidence against him at trial.

Cases Cited

By La Forest J.

Considered: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; **referred to:** *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9; *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Dersch*, [1993] 3 S.C.R. 768; *R. v. Erickson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 75, aff'd [1993] 2 S.C.R. 649; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613.

By Lamer C.J. and Cory, McLachlin and Major JJ.

Considered: *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Dersch*, [1993] 3 S.C.R. 768; **referred to**: *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of*

conservation que pour l'accomplissement de ses fonctions sous le régime de la *Loi sur les coroners*.

Il n'y a pas eu entre le coroner, la police et le personnel médical de collaboration irrégulière qui aurait permis d'assimiler à une saisie les actes de la police. La présence du policier dans la salle d'urgence était parfaitement régulière étant donné que l'accusé était en état d'arrestation. La technicienne de laboratoire de l'hôpital a d'abord hésité à remettre les échantillons au coroner et ne l'a fait qu'après avoir consulté le médecin traitant et obtenu une note du coroner. La police était tenue, aux termes du par. 16(5) de la *Loi sur les coroners*, dont la constitutionnalité n'est pas contestée en l'espèce, de prendre en charge les échantillons.

Il n'était pas nécessaire de déterminer si le fait d'avoir cité l'analyste à témoigner sur ce qu'indiquaient les échantillons constituait une saisie par le ministère public au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Même si ce fait est qualifié de saisie au sens de l'art. 8, celle-ci n'est pas abusive. Les critères énoncés dans l'arrêt *Thomson* relativement à l'autorisation préalable ont été respectés pour ce qui est de l'introduction de la preuve au procès. Vu ces circonstances, l'intérêt qu'a l'État à s'approprier des renseignements et à les utiliser l'emportait sur le droit de l'accusé au respect de sa vie privée. Il n'y a pas eu, du fait que la preuve en cause a été produite contre lui au procès, violation des droits que lui garantit l'art. 8.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts examinés: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; **arrêts mentionnés:** *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9; *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768; *R. c. Erickson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 75, conf. par [1993] 2 R.C.S. 649; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613.

Citée par le juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin et Major

Arrêts examinés: *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768; **arrêts mentionnés**: *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Thomson Newspapers Ltd. c.*

Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission), [1990] 1 S.C.R. 425.

Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce), [1990] 1 R.C.S. 425.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8, 24(1), (2).
Constitution Act, 1867, s. 91(27).
Coroners Act, R.S.O. 1980, c. 93 (now R.S.O. 1990, c. C-37), ss. 15, 16(2), (4), (5), 27, 31(1), (2).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 238(3) [am. S.C. 1985, c. 19, s. 36].

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8, 24(1), (2).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 238(3) [mod. S.C. 1985, ch. 19, art. 36].
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27).
Loi sur les coroners, L.R.O. 1980, ch. 93 (maintenant L.R.O. 1990, ch. C-37), art. 15, 16(2), (4), (5), 27, 31(1), (2).

Authors Cited

Fairburn, Michal. "Case Comment: *R. v. Colarusso*" (1992), 4 *J.M.V.L.* 34.
Granger, Christopher. *Canadian Coroner Law*. Toronto: Carswell, 1984.
Marshall, T. David. *Canadian Law of Inquests: a Handbook for Coroners, Medical Examiners, Counsel and the Police*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Pub. Canada, 1991.

Doctrine citée

Fairburn, Michal. «Case Comment: *R. v. Colarusso*» (1992), 4 *J.M.V.L.* 34.
Granger, Christopher. *Canadian Coroner Law*. Toronto: Carswell, 1984.
Marshall, T. David. *Canadian Law of Inquests: a Handbook for Coroners, Medical Examiners, Counsel and the Police*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Pub. Canada, 1991.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 44 O.A.C. 241, 28 M.V.R. (2d) 7, affirming the accused's conviction by Speyer Dist. Ct. J. on two counts of impaired driving causing bodily harm, one count of failing to stop at the scene of an accident and one count of criminal negligence causing death. Appeal dismissed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 44 O.A.C. 241, 28 M.V.R. (2d) 7, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé prononcée par le juge Speyer de la Cour de district relativement à deux chefs de conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles, un chef d'omission d'arrêter lors d'un accident et un chef de négligence criminelle causant la mort. Pourvoi rejeté.

Clayton C. Ruby and *Julian N. Falconer*, for the appellant.

Clayton C. Ruby et *Julian N. Falconer*, pour l'appelant.

Ken Campbell and *Renee M. Pomerance*, for the respondent.

Ken Campbell et *Renee M. Pomerance*, pour l'intimée.

Michael R. Dambrot, Q.C., and *Chantal Proulx*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Michael R. Dambrot, c.r., et *Chantal Proulx*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Monique Rousseau and *Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Monique Rousseau et *Gilles Laporte*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Gabriel Bourgeois, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Gabriel Bourgeois, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

The reasons of Lamer C.J. and Cory, McLachlin and Major JJ. were delivered by

LAMER C.J. AND CORY, MCLACHLIN AND MAJOR JJ. — The appellant was convicted at trial by judge alone on two counts of impaired driving causing bodily harm, one count of failing to stop at the scene of an accident, and one count of criminal negligence causing death. An appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed.

The issues raised by this appeal centre around the seizing of blood and urine samples by a coroner, and the subsequent use of analysis of those samples as evidence at the appellant's trial.

I. Facts

Shortly after 1:00 a.m. on November 15, 1986, two motor vehicle collisions occurred within minutes of each other about 1.6 kilometres apart on Highway 10 near Caledon, Ontario.

In the first collision, the appellant's vehicle rear-ended a pick-up truck. The truck had turned onto Highway 10 about 450 metres north of the site of the accident, and had accelerated to about 80 kilometres per hour by the time of the collision.

An off-duty police officer witnessed the first collision. He testified at the appellant's trial that he saw a Toyota pick-up truck being closely followed by a dark car, now known to be driven by the appellant. As he passed the two vehicles he heard a loud bang, which was caused by the appellant's car colliding with the rear of the pick-up truck. The truck flipped over, landing in a ditch, and its occupants were seriously injured. The appellant's car was seen by the witness to stop briefly at the side of the road and then to leave.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges Cory, McLachlin et Major rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER ET LES JUGES CORY, MCLACHLIN ET MAJOR — À son procès, l'appelant a été déclaré coupable, par un juge siégeant sans jury, relativement à deux chefs de conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles, à un chef d'omission d'arrêter lors d'un accident et à un chef de négligence criminelle causant la mort. L'appel interjeté devant la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté.

Les questions qui se posent en l'espèce concernent la saisie d'échantillons de sang et d'urine par un coroner et la production d'analyses de ces échantillons en preuve lors du procès de l'appelant.

I. Les faits

Peu après 1 h le 15 novembre 1986, deux collisions d'automobiles se sont produites sur la route 10 près de Caledon (Ontario), à environ 1,6 kilomètre l'une de l'autre et à quelques minutes d'intervalle.

Dans le cas de la première collision, le véhicule de l'appelant a tamponné l'arrière d'une camionnette. Celle-ci venait de s'engager sur la route 10 à environ 450 mètres au nord du lieu de l'accident et avait atteint une vitesse d'approximativement 80 kilomètres à l'heure au moment de la collision.

Un policier qui n'était pas alors de service a été témoin de la première collision. Dans sa déposition lors du procès de l'appelant, il a dit avoir vu une camionnette de marque Toyota suivie de près par une voiture de couleur sombre, au volant de laquelle — nous le savons maintenant — se trouvait l'appelant. Comme il dépassait les deux véhicules, il a entendu un fort bruit de choc, causé par la voiture de l'appelant qui avait percuté la camionnette par derrière. La camionnette a capoté pour ensuite s'immobiliser dans le fossé; ses occupants ont été gravement blessés. Le témoin a vu la voiture de l'appelant s'arrêter un moment au bord du chemin puis quitter les lieux.

In the second collision, the appellant's car collided head-on with a Hyundai Pony. The second collision was witnessed by the driver of a car following a short distance behind the Hyundai. The appellant's car was driving without headlights southbound in a northbound lane of Highway 10. It then collided with the Hyundai. As a result of the second collision, the occupant of the Hyundai, Carol Connors, was killed and the appellant was injured.

The appellant was arrested at the scene of the second accident by attending police officers who observed signs of impairment. He was advised of his *Charter* rights, and a demand was made for a sample of his breath. However, before that could occur, the appellant was driven by the police to hospital in Orangeville for treatment of injuries he had sustained. No breathalyser test was given. Nor did the police make a demand for a blood sample.

The trial judge found as a fact that while the appellant was detained by the police at the hospital, he consented to blood and urine samples being taken for medical purposes. These tests were requested by the hospital as part of its standard "Trauma Protocol Procedure" for accident victims.

The urine sample was supplied by the appellant to, and in the presence of, a police officer. The sample was taken in a container provided for that purpose, free of contaminants. The sample was not retained by the police but was given by the police officer to hospital staff.

The urine sample was tested for the presence of blood. This test was conducted by an emergency department nurse. After she was finished, some of the urine was put in a container for the hospital lab.

The blood sample was taken by a nurse and was given to the hospital lab. The lab technician put

En ce qui concerne la seconde collision, la voiture de l'appelant a heurté de front une Hyundai Pony. Cette seconde collision a eu un témoin oculaire, soit le conducteur d'une voiture qui suivait à peu de distance la Hyundai. La voiture de l'appelant roulait, phares éteints, en direction sud sur la route 10 dans une voie réservée aux véhicules se dirigeant vers le nord. La voiture de l'appelant a percuté la Hyundai, par suite de quoi l'occupante, Carol Connors, a trouvé la mort et l'appelant a subi des blessures.

L'appelant a été arrêté sur les lieux du second accident par des policiers qui ont constaté chez lui des signes de facultés affaiblies. Les policiers ont informé l'appelant de ses droits aux termes de la *Charte* et lui ont demandé un échantillon de son haleine. Toutefois, avant qu'un échantillon ne puisse être prélevé, les policiers ont amené l'appelant à un hôpital à Orangeville pour faire soigner ses blessures. Finalement, aucun alcootest n'a été administré et la police n'a pas demandé d'échantillon de sang.

Le juge du procès a tiré comme conclusion de fait que, pendant qu'il était détenu par la police à l'hôpital, l'appelant à consenti à des prélèvements de sang et d'urine à des fins médicales. Il s'agissait d'échantillons demandés par l'hôpital dans le cadre de ses mesures normales en matière traumatologique («*Trauma Protocol Procedure*») pour les victimes d'accident.

L'appelant a donné l'échantillon d'urine à un policier qui était présent à ce moment-là. Cet échantillon a été prélevé dans un contenant exempt de contamination fourni à cette fin. Le policier ne l'a pas gardé, mais l'a remis au personnel de l'hôpital.

L'échantillon d'urine a été soumis à une vérification visant à déceler la présence de sang, effectuée par une infirmière du service d'urgence. Une fois la vérification terminée, une partie de l'urine a été mise dans un récipient destiné au laboratoire de l'hôpital.

L'échantillon de sang a été prélevé par une infirmière, qui l'a envoyé au laboratoire de l'hôpital,

blood from the test syringe into five separate test tubes.

The coroner, Dr. Warren Allin, had been called to the scene of the second accident, and then went to the hospital for the purposes of investigating Ms. Connors' death. He needed samples of the appellant's blood and urine to assist in that investigation. Dr. Allin testified he wanted these samples to determine if the appellant had been impaired.

The coroner, accompanied by a police officer, went to the hospital lab. He gave written directions to the lab technician that a portion of the blood and urine samples be turned over to him. The coroner then gave the samples to the police officer, requesting that they be taken to the Centre for Forensic Sciences and properly stored.

The Crown called as a witness, a forensic toxicologist, who had analyzed the samples at the request of the coroner for his own purposes under the *Coroners Act*. The forensic toxicologist testified that at the time of the accidents the appellant had a blood alcohol level between 144 and 165 mg per 100 ml of blood.

II. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

Section 91(27) of the *Constitution Act, 1867* confers upon the Parliament of Canada exclusive legislative authority over "The Criminal Law . . . ." Sections 1, 8 and 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("the *Charter*") provide:

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

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

où une technicienne a mis de ce sang dans cinq éprouvettes distinctes.

On avait fait venir sur les lieux du second accident le coroner, le Dr Warren Allin, qui s'est ensuite rendu à l'hôpital afin d'y faire une investigation sur la mort de Mme Connors. Aux fins de son investigation, il lui fallait des échantillons du sang et de l'urine de l'appelant. Selon le témoignage du Dr Allin, c'est pour déterminer si les facultés de l'appelant étaient affaiblies qu'il voulait obtenir ces échantillons.

Le coroner, accompagné d'un policier, s'est présenté au laboratoire de l'hôpital. Il a demandé par écrit à la technicienne de lui remettre une partie des échantillons de sang et d'urine. Le coroner a alors donné ces échantillons au policier, lui demandant de les apporter au Centre des sciences judiciaires et de voir à ce qu'ils soient convenablement entreposés.

Le ministère public a appelé à témoigner un toxicologue judiciaire qui avait analysé les échantillons à la demande du coroner pour ses propres fins en vertu de la *Loi sur les coroners*. Le toxicologue judiciaire a témoigné que l'appelant avait, au moment des accidents, un taux d'alcoolémie se situant entre 144 et 165 mg par 100 ml de sang.

II. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

Le paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement du Canada la compétence législative exclusive en matière de «droit criminel . . .». Voici le texte des art. 1, 8 et 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés* («la *Charte*»):

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

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

Section 16(2)(c) and (5) of the *Coroners Act*, R.S.O. 1980, c. 93 (now R.S.O. 1990, c. C-37), reads:

16. . . .

(2) A coroner may, where he believes on reasonable and probable grounds that to do so is necessary for the purposes of the investigation,

. . .

(c) seize anything that the coroner has reasonable grounds to believe is material to the purposes of the investigation.

(5) Where a coroner seizes anything under clause (2)(c), he shall place it in the custody of a police officer for safekeeping and shall return it to the person from whom it was seized as soon as is practicable after the conclusion of the investigation or, where there is an inquest, of the inquest, unless he is authorized or required by law to dispose of it otherwise.

III. Judgments in the Courts Below

District Court of Ontario

The trial judge held that the seizure of the blood and urine samples by the coroner was lawful pursuant to s. 16(2)(c) the *Coroners Act*, and did not offend s. 8 of the *Charter*. He distinguished *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, on the basis of the seizure here being authorized by law, stating:

I wish to emphasize, the seizure was made not to assist Constable Dambrawskas as part of his criminal investigation as to whether or not the accused was impaired at

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

L'alinéa 16(2)c) et le par. 16(5) de la *Loi sur les coroners*, L.R.O. 1980, ch. 93 (maintenant L.R.O. 1990, ch. C-37), portent:

16 . . .

(2) S'il a des motifs raisonnables et probables de croire que cela est nécessaire pour les fins de son investigation, le coroner peut:

. . .

c) saisir toute chose qu'il a des motifs raisonnables de croire importante aux fins de son investigation.

(5) Si le coroner saisit une chose en vertu de l'alinéa (2)c), il la remet entre les mains d'un agent de police pour qu'il la garde en lieu sûr et la rend à la personne qui la détenait au moment où elle a été saisie aussitôt que possible après la fin de l'investigation ou, s'il y a enquête, aussitôt que possible après la fin de l'enquête à moins que la loi ne l'autorise ou ne l'oblige à en disposer d'une autre façon.

III. Les jugements des juridictions inférieures

La Cour de district de l'Ontario

Le juge du procès a conclu que la saisie des échantillons de sang et d'urine était légale aux termes de l'al. 16(2)c) de la *Loi sur les coroners* et n'allait pas à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte*. Il a fait une distinction d'avec l'arrêt *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, parce que la saisie en cause en l'espèce était autorisée par la loi. Il a dit à ce propos:

[TRADUCTION] Je tiens à souligner que la saisie n'a pas été effectuée pour aider l'agent Dambrawskas dans son enquête criminelle visant à déterminer si les facultés de

the time he was driving. Rather the samples were seized as part of a totally different investigation undertaken by the Coroner into the death of Carol Connors and the cause thereof. Accordingly, I find the seizures were made lawfully and do not offend the rights of the accused guaranteed by S. 8 of the Charter.

Court of Appeal for Ontario (1991), 44 O.A.C. 241

Finlayson J.A., who gave the reasons for judgment of the Court, noted that the seizure of the blood and urine samples was not made by police, but by the coroner, exercising his powers under s. 16(2)(c) of the *Coroners Act*. The seizure made by the coroner "was fully within his authority" and was legal.

Finlayson J.A. did not consider it necessary to rule on the constitutional validity of s. 16(2) of the *Coroners Act*, stating at p. 243:

> Even assuming that s. 16(2) of the *Coroners Act* is unconstitutional and that the coroner's obtaining of the samples was unlawful, the evidence would nevertheless be admissible under s. 24(2) of the *Charter*. The coroner's seizure was made in the good faith belief that he was acting lawfully. If the samples had not been obtained under s. 16(2) of the *Coroners Act* they could have been obtained by the police under a search warrant which, on the facts of this case, would most certainly have been obtained.

It is clear then that the admission of the evidence of the analyst in these circumstances would not bring the administration of justice into disrepute.

IV. Issues

On August 17, 1992, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Is s. 16(2) of the *Coroners Act*, R.S.O. 1980, c. 93, as amended, inconsistent with s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If s. 16(2) of the *Coroners Act*, R.S.O. 1980, c. 93, as amended, is inconsistent with s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, does this provision operate as a reasonable limit, prescribed by law,

l'accusé étaient affaiblies au moment où il conduisait sa voiture. Les échantillons ont plutôt été saisis dans le cadre d'une investigation tout à fait différente que menait le coroner sur la mort de Carol Connors et sur sa cause. Je conclus en conséquence qu'il s'agit de saisies légales qui ne portaient nullement atteinte aux droits de l'accusé garantis par l'art. 8 de la Charte.

La Cour d'appel de l'Ontario (1991), 44 O.A.C. 241

Le juge Finlayson, qui a prononcé les motifs de la Cour d'appel, a fait remarquer que ce n'est pas la police qui a saisi les échantillons de sang et d'urine, mais bien le coroner dans l'exercice des pouvoirs que lui confère l'al. 16(2)c) de la *Loi sur les coroners*. La saisie qu'a effectuée le coroner [TRADUCTION] «relevait entièrement de ses pouvoirs» et était légale.

Le juge Finlayson n'a pas estimé nécessaire de statuer sur la constitutionnalité du par. 16(2) de la *Loi sur les coroners* et a déclaré, à la p. 243:

> [TRADUCTION] Même à supposer que le par. 16(2) de la *Loi sur les coroners* soit inconstitutionnel et que le coroner ait obtenu illégalement les échantillons, la preuve serait néanmoins admissible aux termes du par. 24(2) de la *Charte*. Le coroner a effectué la saisie croyant en toute bonne foi agir légalement. Si les échantillons n'avaient pas été obtenus en vertu du par. 16(2) de la *Loi sur les coroners*, la police aurait pu les obtenir au moyen d'un mandat de perquisition, lequel, compte tenu des faits de l'espèce, aurait très certainement été décerné.

Il est donc évident que l'utilisation de la preuve de l'analyste dans ces circonstances n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

IV. Les questions en litige

Le 17 août 1992, le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Le paragraphe 16(2) de la *Loi sur les coroners*, L.R.O. 1980, ch. 93 et ses modifications, est-il incompatible avec l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Si le paragraphe 16(2) de la *Loi sur les coroners*, L.R.O. 1980, ch. 93 et ses modifications, est incompatible avec l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cette disposition constitue-t-elle une

which is demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

3. Does s. 16(2) of the *Coroners Act*, R.S.O. 1980, c. 93, as amended, encroach upon the federal criminal law power, and, if so, is the provision *ultra vires* provincial legislative jurisdiction?

The appellant has also raised several additional issues:

1. Did the Court of Appeal err in affirming the trial judge's findings that the appellant consented to the obtaining of blood and urine samples?
2. Did the Court of Appeal err in affirming the trial judge's finding that the seizure of the appellant's blood and urine samples did not constitute an infringement of his rights under s. 8 of the *Charter*?
3. Did the Court of Appeal err in failing to exclude the evidence arising from the blood and urine samples pursuant to s. 24(2) of the *Charter*?

V. Analysis

The Trial Judge's Finding of Consent

The appellant submits that the trial judge erred in finding that he consented to the blood and urine samples being taken for medical purposes. He also takes the position that the samples were taken for both medical and police investigative purposes. These arguments cannot succeed. The finding of fact made by the trial judge that the samples were taken with the consent of the appellant and solely for medical purposes is supported by the evidence and there is no basis for appellate interference with that.

Section 8 of the Charter

The Seizure

To fall within s. 8 of the *Charter*, there must first be a search or seizure. In this case, the appel-

limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. Le paragraphe 16(2) de la *Loi sur les coroners*, L.R.O. 1980, ch. 93 et ses modifications, empiète-t-il sur la compétence fédérale en matière de droit criminel et, dans l'affirmative, cette disposition excède-t-elle la compétence législative de la province?

De plus, l'appelant a soulevé plusieurs questions supplémentaires:

1. Est-ce à tort que la Cour d'appel a confirmé les conclusions du juge du procès que l'appelant a consenti au prélèvement d'échantillons de sang et d'urine?
2. Est-ce à tort que la Cour d'appel a confirmé la conclusion du juge du procès que la saisie des échantillons du sang et de l'urine de l'appelant ne portait pas atteinte aux droits dont jouit celui-ci aux termes de l'art. 8 de la *Charte*?
3. Est-ce à tort que la Cour d'appel a omis d'écarter en vertu du par. 24(2) de la *Charte* la preuve obtenue grâce aux échantillons de sang et d'urine?

V. Analyse

La conclusion du juge du procès qu'il y a eu consentement

L'appelant soutient que le juge du procès a commis une erreur en concluant qu'il avait consenti au prélèvement des échantillons de sang et d'urine à des fins médicales. Il fait valoir en outre que ce prélèvement a eu lieu non pas uniquement à des fins médicales mais aussi aux fins de l'enquête policière. Ces arguments ne sauraient être retenus. La conclusion de fait tirée par le juge du procès, à savoir que les échantillons ont été prélevés avec le consentement de l'appelant et à des fins purement médicales, est appuyée par la preuve et rien ne justifie qu'un tribunal d'appel touche à cette conclusion.

L'article 8 de la Charte

La saisie

Pour que s'applique l'art. 8 de la *Charte*, il faut d'abord qu'il y ait eu fouille, perquisition ou sai-

lant submits that there were in fact three searches or seizures for the purposes of the s. 8 analysis.

i) *The obtaining of blood and urine samples from the appellant by hospital staff*

As pointed out above, the appellant has failed to show that this constituted a search or seizure on the facts of this case. The findings of the trial judge were that the blood and urine samples were taken for medical purposes and with the consent of the accused. These findings were not disturbed in the Court of Appeal and there is no proper basis upon which we should interfere with them. The samples were held by the hospital for medical purposes and no others.

ii) *The coroner seized the samples from hospital staff after they had been taken from the accused*

It is conceded by the respondent Crown that the actions of the coroner in taking possession of the samples of the appellant's blood and urine constituted a seizure for the purposes of s. 8 of the *Charter*.

The questions which must be addressed concerning this seizure are, first, whether it was authorized by law; second, whether the law itself was reasonable; and third, whether the way the seizure was carried out was reasonable. We say at once that if the provisions of the *Coroners Act* under which the seizure was effected are valid, then the manner in which the seizure was carried out was reasonable. There is no suggestion that the coroner meddled in the rendering of medical assistance or did anything other than exercise his statutory powers in a straightforward way. The appellant submits that it was unreasonable for the coroner to seize samples in the fashion that he did during an ongoing criminal investigation. We disagree. The coroner had his duty to do and the samples provided evidence relevant to his investigation. He and the police were interested in some of the same material, but for different purposes. The appellant's submission is, in essence, that the coro-

sie. Or, en l'espèce, l'appelant soutient que, pour les fins de l'analyse en fonction de l'art. 8, trois fouilles, perquisitions ou saisies ont en fait été effectuées.

i) *L'obtention d'échantillons de sang et d'urine de l'appelant par le personnel hospitalier*

Comme il a été indiqué plus haut, l'appelant n'a pas établi que ces actes constituaient en l'espèce une fouille, une perquisition ou une saisie. Le juge du procès a conclu que les échantillons de sang et d'urine avaient été prélevés, avec le consentement de l'accusé, à des fins médicales. La Cour d'appel n'a pas touché à cette conclusion et rien ne justifie que nous intervenions à cet égard. L'hôpital détenait les échantillons à des fins médicales et à nulle autre fin.

ii) *La saisie par le coroner des échantillons détenus par le personnel hospitalier après qu'ils eurent été prélevés de l'accusé*

L'intimée reconnaît que le fait pour le coroner de prendre possession des échantillons du sang et de l'urine de l'appelant constituait une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

Les questions à trancher en ce qui concerne cette saisie sont de savoir, en premier lieu, si elle était autorisée par la loi, en deuxième lieu, si la loi elle-même était raisonnable et, en troisième lieu, si la saisie a été effectuée d'une manière non abusive. Soulignons d'entrée de jeu que, si les dispositions de la *Loi sur les coroners* en vertu desquelles la saisie a été faite sont valides, alors il s'ensuit que celle-ci a été exécutée de façon non abusive. Rien n'indique que le coroner se soit immiscé dans la fourniture de soins médicaux ou qu'il ait fait quoi que ce soit d'autre que d'exercer ouvertement les pouvoirs que lui confère la loi. L'appelant prétend que le coroner a agi abusivement en saisissant les échantillons, comme il l'a fait, alors que se déroulait une enquête criminelle. Nous ne sommes pas d'accord. Le coroner devait s'acquitter de ses fonctions et les échantillons en cause constituaient une preuve qui se rapportait à son investigation. Lui et la police s'intéressaient à certains des

ner must stop his investigation if charges are pending. We say instead that the coroner is entitled to conduct his investigation provided, as here, that he does so for proper purposes and in a reasonable fashion.

Authorized by Law

There is no doubt that the seizure is authorized by the *Coroners Act*. Contrary to the assertions of the appellant, s. 27 of the *Coroners Act* does not have the effect of barring investigation by a coroner when a person has been (or is likely to be) charged with an offence under the *Criminal Code* in respect of the death in question. The coroner was entitled, and perhaps required, by law to continue his investigation notwithstanding the simultaneous police investigation and the prospect of the appellant's being charged with a criminal offence. The appellant submits, however, that s. 16(2) is *ultra vires* the province or, alternatively, violates s. 8.

(a) Division of Powers

With respect to the division of powers point, the appellant's challenge is very narrowly focused. While the constitutional questions refer to s. 16(2), the appellant's factum challenges only s. 16(2)(c). We therefore must begin the analysis on the assumption (but of course without finally deciding) that the other provisions of the Act are constitutional.

The powers conferred under s. 16(2) are incidental to the duties assigned to coroners, notably to investigate a death to determine if an inquest is necessary. The appellant submits that the powers conferred in s. 16(2), when used to seize samples of bodily substances of an accused, are tantamount to the invasion by provincial action of the sanctity

mêmes éléments de preuve, mais à des fins différentes. L'appelant soutient essentiellement que le coroner doit mettre un terme à son investigation si des accusations doivent être portées. À quoi nous répondons que le coroner est en droit de mener son investigation, pourvu qu'il le fasse dans un but légitime et qu'il s'y prenne d'une manière non abusive, ce qui a été le cas en l'espèce.

Saisie autorisée par la loi

Il s'agit sans aucun doute d'une saisie autorisée par la *Loi sur les coroners*. Contrairement à ce qu'a fait valoir l'appelant, l'art. 27 de cette loi n'a pas pour effet d'empêcher le coroner de tenir son investigation dans un cas où une personne a été (ou sera probablement) accusée d'une infraction au *Code criminel* relativement à la mort en question. Le coroner était en droit — la loi l'y obligeait peut-être d'ailleurs — de poursuivre son investigation malgré l'enquête policière qui se déroulait simultanément et la possibilité qu'une accusation criminelle soit portée contre l'appelant. Celui-ci fait cependant valoir que le par. 16(2) excède la compétence de la province ou, subsidiairement, qu'il viole l'art. 8.

a) Le partage des pouvoirs

En ce qui concerne la question du partage des pouvoirs, la contestation par l'appelant est de portée fort restreinte. En effet, quoique les questions constitutionnelles parlent du par. 16(2), l'appelant ne conteste dans son mémoire que l'al. 16(2)c). Il nous faut en conséquence commencer notre analyse en tenant pour acquis la constitutionnalité des autres dispositions de la Loi (sans évidemment trancher définitivement ce point).

Les pouvoirs que confère le par. 16(2) sont accessoires aux fonctions attribuées aux coroners, dont notamment celle consistant à tenir une investigation sur la mort d'une personne afin de déterminer si une enquête s'impose. L'appelant soutient que, exercés pour la saisie d'échantillons de substances organiques de l'accusé, les pouvoirs accordés par le par. 16(2) équivalent à une violation par la province du droit sacré de garder le

of the right to remain silent and therefore intrudes upon the federal criminal law power.

Assuming, as we must for the purposes of this appeal, that the *Coroners Act* in general is valid provincial legislation, and finding as we do that the coroner's powers were exercised in good faith and for the purposes of an investigation which he was required by law to make, we reject the argument that there was any unconstitutional provincial intrusion upon the federal criminal law power. As Lamer J. (as he then was) said on behalf of the majority in *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366, at pp. 1390-91:

> . . . this Court has consistently upheld the constitutionality of provincial commissions of inquiry and has sanctioned the granting of fairly broad powers of investigation which may incidentally have an impact upon the federal criminal law and criminal procedure powers.

In our view, the powers conferred in s. 16(2) are properly incidental to the valid provincial purposes served by the *Coroners Act*.

(b) Section 8 of the *Charter*

We now turn to the challenge to s. 16(2) of the Act based on s. 8 of the *Charter*. The appellant argues that the seizure authorized by s. 16(2) is unreasonable because there is no requirement for prior authorization by a judicial officer based upon evidence on oath.

At the outset, we note that the requirements established in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, are not inflexible requirements applicable to all legislative contexts. For example, in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, La Forest J. in considering the power to require production of documents under the *Combines Investigation Act*, found that while constituting a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*,

silence et, partant, à un empiétement sur le pouvoir fédéral en matière de droit criminel.

Supposant, comme nous devons le faire en l'espèce, qu'en général la *Loi sur les coroners* a été validement adoptée par la province, et concluant en fait que le coroner a exercé ses pouvoirs de bonne foi pour les fins d'une investigation qu'il était tenu par la loi de mener, nous rejetons l'argument alléguant un empiétement inconstitutionnel par la province sur la compétence fédérale en matière de droit criminel. Comme l'a affirmé le juge Lamer (maintenant Juge en chef) au nom de la majorité dans l'arrêt *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366, aux pp. 1390 et 1391:

> . . . notre Cour a régulièrement confirmé la constitutionnalité des commissions d'enquête provinciales et a confirmé l'attribution de pouvoirs d'enquête assez étendus qui peuvent accessoirement avoir un effet sur les pouvoirs du fédéral en matière de droit criminel et de procédure criminelle.

À notre avis, les pouvoirs que confère le par. 16(2) sont légitimement accessoires aux objets provinciaux légitimes visés par la *Loi sur les coroners*.

b) L'article 8 de la *Charte*

Abordons donc maintenant la contestation du par. 16(2) de la Loi, fondée sur l'art. 8 de la *Charte*. L'appelant fait valoir que la saisie qu'autorise ce paragraphe est abusive en raison de l'absence d'une obligation d'obtenir une autorisation judiciaire préalable fondée sur un témoignage sous serment.

Nous précisons au départ que les exigences posées dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, ne s'appliquent pas rigidement dans tous les contextes législatifs. Par exemple, dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, le juge La Forest, en examinant le pouvoir d'exiger la production de documents en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, a conclu que ce pouvoir constituait certes

it need not meet the *Hunter v. Southam Inc.* requirements. La Forest J. pointed out at p. 506:

Since the adoption of the *Charter*, Canadian courts have on numerous occasions taken the view that the standard of reasonableness which prevails in the case of a search or seizure made in the course of enforcement of the criminal law will not usually be appropriate to a determination of reasonableness in the administrative or regulatory context; see *Re Alberta Human Rights Commission and Alberta Blue Cross Plan* (1983), 1 D.L.R. (4th) 301 (Alta. C.A.), at p. 307; *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 80 (C.A.), at p. 96; *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards* (1985), 51 O.R. (2d) 509 (C.A.), at p. 512; *R. v. Quesnel* (1985), 12 O.A.C. 165, at p. 169; *Bertram S. Miller Ltd. v. R.*, [1986] 3 F.C. 291 (C.A.), at pp. 319, 324 and 341-43; *R. v. Bichel*, [1986] 5 W.W.R. 261 (B.C.C.A.), at pp. 271-73. The same approach underlies the decision of this Court in *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, released concurrently, in which an order to produce documents issued under s. 231(3) of the *Income Tax Act* is viewed as administrative and held to be not unreasonable under s. 8 of the *Charter*.

The application of a less strenuous and more flexible standard of reasonableness in the case of administrative or regulatory searches and seizures is fully consistent with a purposive approach to the elaboration of s. 8.

The key aspect of the analysis is to assess the reasonableness of the power granted in light of the particular context in which it operates.

The coroner's role is to investigate deaths and to determine whether an inquest is required: s. 15. If an inquest is held, its purpose is to determine the identity of the deceased, how the deceased came to his or her death including when, where and by what means: s. 31(1). The determination of these matters is, of course, for the jury at the inquest, which is expressly prohibited from making any finding of legal responsibility: s. 31(2). The coroner has both investigative and quasi-judicial duties.

une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*, mais que son exercice n'était pas assujetti aux exigences énoncées dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* Le juge La Forest a fait remarquer, à la p. 506:

Depuis l'adoption de la *Charte*, les tribunaux canadiens ont répété à maintes reprises que la norme du caractère raisonnable applicable dans le cas des fouilles, des perquisitions ou des saisies effectuées dans le cadre de la mise en application du droit criminel ne sera généralement pas appropriée pour déterminer le caractère raisonnable dans le contexte administratif ou réglementaire; voir *Re Alberta Human Rights Commission and Alberta Blue Cross Plan* (1983), 1 D.L.R. (4th) 301 (C.A. Alb.), à la p. 307; *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 80 (C.A.), à la p. 96; *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards* (1985), 51 O.R. (2d) 509 (C.A.), à la p. 512; *R. v. Quesnel* (1985), 12 O.A.C. 165, à la p. 169; *Bertram S. Miller Ltd. c. R.*, [1986] 3 C.F. 291 (C.A.), aux pp. 319, 324 et 341 à 343; *R. v. Bichel*, [1986] 5 W.W.R. 261 (C.A.C.-B.), aux pp. 271 à 273. Le même raisonnement sous-tend l'arrêt de notre Cour *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627 rendu en même temps que le présent arrêt, dans lequel une ordonnance de production de documents rendue en vertu du par. 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, est considérée comme étant de nature administrative et ne pas être abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

L'application d'une norme du caractère raisonnable moins sévère et plus souple dans le cas des fouilles, des perquisitions et des saisies en matière administrative ou réglementaire est tout à fait conforme à une interprétation fondée sur l'objet de l'art. 8.

L'analyse consiste d'abord et avant tout à apprécier le caractère raisonnable du pouvoir conféré, compte tenu du contexte particulier dans lequel il s'exerce.

Le rôle du coroner est de tenir une investigation sur les décès et de décider de l'opportunité d'une enquête (art. 15). L'enquête, si effectivement elle a lieu, vise à identifier le défunt et à déterminer la cause du décès et, en particulier, le moment et l'endroit du décès et les circonstances l'entourant (par. 31(1)). Ce sont là, bien entendu, des points à décider par le jury lors de l'enquête, mais il lui est formellement interdit de faire de déclaration de responsabilité civile ou criminelle légale (par. 31(2)). Le coroner remplit tout à la fois des fonctions d'investigation et des fonctions quasi judi-

limited powers to inspect and to seize items which he has reasonable grounds to believe are material to the purposes of an investigation. There is no criminal or quasi-criminal aspect to his or her investigation. Moreover, the coroner is a quasi-judicial officer who presides at inquests. In these circumstances, we find that s. 16(2) is not unreasonable because it does not require prior authorization or because material seized may later become admissible in a criminal proceeding.

serviront dans des poursuites futures. Le coroner remplit des fonctions quasi judiciaires et détient des pouvoirs limités d'inspection et de saisie d'articles qu'il a des motifs raisonnables de croire importants aux fins de son investigation. Celle-ci ne revêt aucun caractère criminel ou quasi criminel. De plus, le coroner est appelé, dans l'exercice de ses fonctions quasi judiciaires, à présider aux enquêtes. Dans ces circonstances, nous estimons que l'absence dans le par. 16(2) d'une exigence d'autorisation préalable ou la possibilité que les articles saisis puissent ultérieurement devenir admissibles dans le cadre d'une poursuite criminelle ne rendent pas ce paragraphe abusif.

iii) *A further seizure occurred, according to the appellant, when the coroner's samples and analysis were "converted" into evidence tendered at criminal proceedings*

iii) *D'après l'appelant, il y a eu nouvelle saisie lorsque les échantillons et l'analyse du coroner ont été «transformés» en éléments de preuve produits dans le cadre d'une poursuite criminelle*

As Justice La Forest stated in *R. v. Dyment*, *supra*, at p. 431: "the essence of a seizure under s. 8 is the taking of a thing from a person by a public authority.... Section 8 was designed to protect against actions by the state and its agents.... the focus of enquiry must be on the circumstances in which the police officer obtained the sample. However, the circumstances under which it was obtained by the doctor are by no means irrelevant." So it was that in *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945, the taking of a blood sample by a physician at the request of the police, for no medical purpose and without the consent of the accused, was conceded to be an unreasonable search. Similarly in *Dyment*, *supra*, the fact that the doctor, at the time he remitted the vial to the police, had in his possession the respondent's blood subject to a duty to respect respondent's privacy was sufficient to qualify the receipt by the police of the vial of blood without the consent of the doctor's patient as being a seizure within the meaning of s. 8. In *R. v. Dersch*, [1993] 3 S.C.R. 768, the medical personnel took a blood sample at the request of the police but contrary to the accused's unequivocal instructions to the officers. The Court held at p. 778 that the "obtaining of that information by the police in the circumstances of this case is analogous to a

Comme l'a dit le juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Dyment*, précité, à la p. 431: «il y a saisie au sens de l'art. 8 lorsque les autorités prennent quelque chose appartenant à une personne [. . .] L'article 8 a été conçu pour accorder une protection contre les actions de l'État et de ses mandataires. [. . .] l'examen doit être axé sur les circonstances dans lesquelles l'agent de police a obtenu l'échantillon. Toutefois, les circonstances dans lesquelles le médecin l'a obtenu sont loin d'être sans importance.» Ainsi, dans l'arrêt *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945, il a été reconnu qu'une prise de sang effectuée par un médecin à la demande de la police, et ce, à des fins autres que médicales et sans le consentement de l'accusé, constituait une fouille abusive. De même, dans l'affaire *Dyment*, précitée, le fait que le médecin, au moment où il a remis l'éprouvette à la police, avait en sa possession le sang de l'intimé et qu'il lui incombait de respecter la vie privée de ce dernier suffisait pour que puisse être qualifiée de saisie au sens de l'art. 8 la réception de l'éprouvette de sang par la police sans le consentement du patient du médecin. Dans l'affaire *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768, le personnel médical a prélevé un échantillon de sang à la demande de la police mais contrairement aux instructions explicites que l'accusé avait données

search or a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*."

As La Forest J. made plain in *Dyment*, *supra*, the focus must be on how the public authority (at this point in the analysis the police) obtained the samples. The samples were seized by the coroner on the basis of statutory authority in s. 16(2) of the *Coroners Act*. This is admittedly a seizure for s. 8 purposes. The samples were turned over to the police as required by s. 16(5) of the Act. The police were essentially acting as a courier pursuant to the seizure made under statutory authority by the coroner. The medical personnel acted in taking the samples for medical purposes and with the accused's consent. They turned the samples over to the coroner on the basis of the latter's statutory powers to which their duty of confidentiality must yield, positing of course the validity of s. 16(2). The police did not request the sample or do anything beyond carrying out their duties as required by s. 16(5) of the Act. On the facts of this case, and for the moment assuming the constitutionality of s. 16(2) of the Act, we see no taking by the police of the sample without the person's consent apart from the actions which are consequent upon the coroner's seizure. We see no difference, as far as the police actions are concerned, between this case and one in which the Crown subpoenas a hospital lab technician to give evidence that came into existence during *bona fide* medical procedures and is relevant to a criminal proceeding. Here the appellant does not complain of how the police discovered the evidence (in which case the law relating to search would be implicated) nor with the steps taken by the police to preserve the evidence (in which case the law of seizure would be implicated). Here the police knew of the evidence and

aux policiers. La Cour a statué, à la p. 778, que l'«obtention de ces renseignements par la police, dans les circonstances de la présente affaire, correspond à une fouille, à une perquisition ou à une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*».

Comme le précise le juge La Forest dans l'arrêt *Dyment*, précité, l'examen doit être axé sur la façon dont les autorités (c'est-à-dire, à ce stade de l'analyse, la police) ont obtenu les échantillons. En l'espèce, les échantillons ont été saisis par le coroner dans l'exercice du pouvoir que lui confère le par. 16(2) de la *Loi sur les coroners*. On convient qu'il s'agissait là d'une saisie au sens de l'art. 8. Le coroner a remis les échantillons à la police conformément au par. 16(5) de la Loi. La police remplissait essentiellement des fonctions de messager par suite de la saisie qu'avait effectuée le coroner en vertu de la Loi. Quant aux employés médicaux, ils ont prélevé les échantillons à des fins médicales avec le consentement de l'accusé. Ils les ont ensuite remis au coroner en considération des pouvoirs légaux de celui-ci, qui ont préséance sur leur obligation de confidentialité, à supposer évidemment que le par. 16(2) soit valide. La police n'a pas demandé l'échantillon ni n'a rien fait d'autre que de s'acquitter des fonctions prescrites au par. 16(5) de la Loi. Compte tenu des faits de la présente affaire et tenant pour acquis, pour le moment, la constitutionnalité du par. 16(2) de la Loi, nous ne pouvons conclure que la police a pris l'échantillon sans le consentement de l'intéressé, si ce n'est dans le cas des actes accomplis consécutivement à la saisie effectuée par le coroner. En ce qui concerne les actes de la police, nous ne voyons aucune différence entre la présente affaire et une situation dans laquelle le ministère public assigne un technicien de laboratoire d'hôpital à témoigner relativement à des éléments de preuve qui doivent leur existence à des procédés médicaux légitimes et qui sont pertinents relativement à une poursuite criminelle. En l'espèce, l'appelant ne trouve pas à redire à la façon dont la police a découvert les éléments de preuve (cas dans lequel se serait appliqué le droit relatif aux fouilles et aux perquisitions) ni aux mesures qu'a prises la police pour en assurer la conservation (cas dans lequel se serait appliqué le droit relatif aux saisies). En l'espèce, la police

He or she is required not only to investigate the death but also to preside at the inquest.

The powers under s. 16(2) are limited to inspection of any place in which the deceased person was prior to his or her death, to inspect and extract information from any records or writings relating to the deceased or his or her circumstances and reproduce such copies as he or she believes to be necessary and to seize anything that he or she has reasonable grounds to believe is material to the investigation.

The *Hunter v. Southam Inc.* criterion that there be reasonable and probable cause to believe that a specific offence has been committed is inapplicable in this context. It is not the coroner's role to investigate crime or to reach any conclusions about whether a crime has been committed.

Once it is determined that this criterion is not relevant, the applicability of the other *Hunter v. Southam Inc.* criteria is doubtful. As La Forest J. said in *Thomson* at p. 529:

If it is unnecessary under s. 17 to establish the existence, on reasonable and probable grounds, of a belief that a particular offence has been committed, then compliance with the remaining *Hunter v. Southam Inc.* criteria also becomes unnecessary. All of these are derivative from the reasonable and probable grounds requirement. This is obviously the case in respect of the requirement to show "reasonable grounds to believe that something which will afford evidence of the particular offence under investigation will be recovered". It is also true of the requirement that the use of the power of search or seizure must depend on "a system of prior authorization, by an entirely neutral and impartial arbiter who is capable of acting judicially in balancing the interests of the state against those of the individual". As Wilson J. today points out in *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, there is no role for such an arbiter where there is no requirement of reasonable and probable grounds, since "his central role under *Hunter* is to ensure that the person seeking the authorization has reasonable and probable grounds to believe that a particular offence has been committed, that there are reasonable and probable grounds to believe that the authorization will turn up something

ciaires. Il est tenu non seulement de mener une investigation sur le décès, mais aussi de présider à l'enquête.

Les pouvoirs conférés par le par. 16(2) se limitent à inspecter tout lieu dans lequel se trouvait avant son décès la personne décédée, à examiner les dossiers ou écrits relatifs à cette personne ou à sa situation, à en extraire des renseignements et à en faire des copies, selon ce que le coroner juge nécessaire, et à saisir toute chose qu'il a des motifs raisonnables de croire importante pour son investigation.

Le critère énoncé dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, selon lequel on doit avoir des motifs raisonnables et probables de croire à la perpétration d'une infraction particulière, ne s'applique pas dans le présent contexte, car le coroner ne fait pas d'enquête criminelle ni ne décide si un crime a effectivement été commis.

Une fois établie la non-pertinence de ce critère, l'applicabilité des autres critères énoncés dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* devient douteuse. Ainsi que l'a dit le juge La Forest dans l'arrêt *Thomson*, à la p. 529:

S'il n'est pas nécessaire d'établir en vertu de l'art. 17 l'existence de motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction particulière a été commise, il n'est pas nécessaire non plus de se conformer aux autres critères de l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* Ceux-ci découlent de l'exigence de motifs raisonnables et probables. C'est évidemment le cas en ce qui concerne l'obligation d'établir l'existence de «motifs raisonnables de croire que l'on découvrira quelque chose qui fournira une preuve que l'infraction précise faisant l'objet de l'enquête a été commise». Cela est également vrai de l'exigence que l'exercice du pouvoir de fouille, de perquisition ou de saisie dépende d'une «procédure d'autorisation préalable par un arbitre tout à fait neutre et impartial qui est en mesure d'agir de façon judiciaire en conciliant les intérêts de l'État et ceux de l'individu». Comme le juge Wilson le souligne aujourd'hui dans l'arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, l'arbitre n'a aucun rôle à jouer lorsqu'il n'existe aucune exigence de motifs raisonnables et probables puisque «son rôle principal, selon l'arrêt *Hunter*, consiste à s'assurer que la personne qui demande l'autorisation a des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction précise a été com-

relating to that particular offence, and that the authorization only goes so far as to allow the seizure of documents relevant to that particular offence" (emphasis in original) (p. 649). The fact that s. 17 provides for an *ex parte* application by members of the Commission, who in *Hunter v. Southam Inc.* were found to be insufficiently detached from the process of investigation for the purposes of an application for permission to search premises, is not therefore fatal to its constitutionality.

The same flexible approach was adopted by Wilson J. (Lamer J., as he then was, concurring in this respect) although reaching a different conclusion on the facts of that case. Wilson J. said at pp. 495-96:

> Not all seizures violate s. 8 of the *Charter*; only unreasonable ones. Put another way, an individual is accorded only a reasonable expectation of privacy. At some point the individual's interest in privacy must give way to the broader state interest in having the information or document disclosed. However, the state interest only becomes paramount when care is taken to infringe the privacy interest of the individual as little as possible. It is because of this need for delicate balancing that Dickson J. in *Hunter* identified several criteria which must be met if a search in a criminal investigation is to meet the test of reasonableness. I think that these criteria were accurately summarized by J. Holland J. at trial as set out earlier in these reasons. I would agree, however, that these criteria are not hard and fast rules which must be adhered to in all cases under all forms of legislation. What may be reasonable in the regulatory or civil context may not be reasonable in a criminal or quasi-criminal context. What is important is not so much that the strict criteria be mechanically applied in every case but that the legislation respond in a meaningful way to the concerns identified by Dickson J. in *Hunter*.

There are two important factors which take this seizure out of the *Hunter* criteria. The purpose of the investigation is not to uncover violations of the law or to obtain evidence for use in future prosecutions. The coroner is a quasi-judicial officer with

mise, qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire que l'autorisation permettra de découvrir quelque chose ayant trait à cette infraction précise, et que l'autorisation ne vise qu'à permettre la saisie de documents se rapportant à l'infraction précise» (souligné dans l'original) (p. 649). Le fait que les membres de la Commission, dont on a dit, dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, qu'ils n'étaient pas suffisamment détachés du processus d'enquête puissent présenter une requête *ex parte* en vertu de l'art. 17 n'a donc pas pour effet de rendre cet article inconstitutionnel.

C'est cette même approche souple qu'a adoptée le juge Wilson (le juge Lamer, maintenant Juge en chef, se rangeant à son avis sur ce point), bien que les faits de l'affaire l'aient amenée à une conclusion différente. Elle a dit, aux pp. 495 et 496:

> Ce ne sont pas toutes les saisies qui violent l'art. 8 de la *Charte*, seulement celles qui sont abusives. En d'autres termes, un individu n'a droit qu'à une attente raisonnable en ce qui concerne le respect de sa vie privée. Il vient en effet un moment où le droit de l'individu au respect de sa vie privée doit céder le pas à l'intérêt plus grand qu'a l'État à ce que soient communiqués des renseignements ou un document. L'intérêt de l'État ne l'emporte cependant que si on a pris soin de porter le moins possible atteinte au droit de l'individu au respect de sa vie privée. C'est cette nécessité de soupeser délicatement les différents intérêts qui a poussé le juge Dickson dans l'affaire *Hunter* à énoncer plusieurs critères à remplir pour qu'une fouille ou perquisition effectuée dans le cadre d'une enquête criminelle satisfasse au critère du caractère raisonnable. Je crois que le juge Holland en première instance a bien résumé ces critères dans le passage reproduit antérieurement dans les présents motifs. Je conviens toutefois que lesdits critères ne constituent pas des règles absolues à suivre dans tous les cas, quelle que soit la nature du texte législatif en cause. Ce qui peut être raisonnable en matière réglementaire ou civile peut ne pas l'être dans un contexte criminel ou quasi criminel. L'important n'est pas tant que les critères stricts soient appliqués automatiquement dans chaque cas, mais que le texte législatif tienne compte de façon significative des préoccupations exprimées par le juge Dickson dans l'arrêt *Hunter*.

Il existe deux facteurs importants qui font échapper la saisie en l'espèce à l'application des critères énoncés dans l'arrêt *Hunter*. L'investigation n'a pas pour objet de déceler des infractions à la loi ni de recueillir des éléments de preuve qui

were not concerned to preserve it apart from fulfilling their duties with respect to the *Coroners Act*.

The situation is analogous to that foreseen by La Forest J. in *Dyment*, *supra*. He posited the case in which a doctor takes a sample, for valid medical purposes and with the consent of the patient, and then turns it over to the police. La Forest J. commented at p. 432: "that I cannot conceive that the doctor here had any right to take Mr. Dyment's blood and give it to a stranger for purposes other than medical purposes unless the law otherwise required, and any such law, too, would be subject to *Charter* scrutiny" (emphasis added). In this case, the medical personnel acted with consent for proper medical purposes and turned the sample over to the coroner only in the face of his statutory powers. Those statutory powers are the focus of this case as La Forest J. suggests in the quoted passage that they should be.

It is suggested that somehow the actions of the police constitute a seizure because there was improper cooperation among the coroner, the police and the medical personnel. While it may be that the conduct of one actor in the chain is relevant to the characterization of that of others for this purpose, we do not see in this case any evidence or any reasonable inference of improper collusion among the medical personnel, the police and the coroner. There is nothing improper or even suspicious about the presence of the police officer in the emergency department in the circumstances disclosed by the evidence. The accused was under arrest. There was evidence at trial that the accused, after having been placed in a police cruiser, got out and started wandering southbound along the highway. The police are not to be faulted for keeping their eye on a person under arrest. At the hospital, there was evidence that the accused was initially uncooperative. The emergency department was busy with seriously injured patients. The police

connaissait l'existence de la preuve mais ne se souciait de sa conservation que pour l'accomplissement de ses fonctions sous le régime de la *Loi sur les coroners*.

La situation est analogue à celle prévue par le juge La Forest dans l'arrêt *Dyment*, précité. Le juge La Forest a envisagé le cas d'un médecin qui prélève un échantillon à des fins médicales légitimes avec le consentement du patient, puis le remet à la police. Il a affirmé, à la p. 432: «je ne puis concevoir que le médecin en l'espèce ait eu le droit de prélever le sang de M. Dyment et de le donner à un étranger pour des fins autres que médicales, à moins d'une exigence contraire de la loi, et toute loi de ce genre serait elle aussi assujettie à un examen en regard de la *Charte*» (nous soulignons). Dans le cas présent, le personnel médical a agi avec le consentement de l'appelant à des fins médicales légitimes et a remis l'échantillon au coroner seulement en raison des pouvoirs que détenait ce dernier aux termes de la loi. C'est sur ces pouvoirs légaux qu'est axée la présente instance, comme cela se doit d'ailleurs d'après ce qu'indique le juge La Forest dans l'extrait cité précédemment.

On prétend que les actes de la police constituent en quelque sorte une saisie du fait d'une collaboration irrégulière entre le coroner, la police et le personnel médical. Il se peut certes dans ce contexte que la conduite d'un de ces intervenants influe sur la qualification de celle des autres, mais nous ne voyons en l'espèce rien qui établisse ou qui permette de conclure raisonnablement qu'il y a eu collusion irrégulière entre le personnel médical, la police et le coroner. La présence du policier dans la salle d'urgence dans les circonstances qui se dégagent de la preuve n'a rien d'irrégulier ni même de suspect. L'accusé était en état d'arrestation. Selon la preuve produite au procès, après avoir été placé dans une voiture de police, il en serait sorti et se serait mis à se promener en direction sud le long de la route. Impossible donc de tenir rigueur aux policiers d'avoir eu l'œil sur une personne qu'ils avaient arrêtée. À l'hôpital, toujours selon la preuve, l'accusé se serait montré peu coopératif au début. Le personnel du service d'ur-

officer was called back to the emergency department twice to assist the nurses who were trying to care for the accused. There is nothing suspicious in this. Indeed, the police could be faulted if they simply deposited an arrested person in a public hospital and then disappeared. The evidence is that the hospital lab technician was initially reluctant to turn over the samples to the coroner and only did so after speaking to the attending physician and obtaining a written note from the coroner. This is hardly consistent with any form of collusion or even over-readiness to cooperate. The police were required to take charge of the samples by virtue of s. 16(5) of the *Coroners Act* for the purpose of "safekeeping". The constitutionality of this provision is not challenged in these proceedings.

We conclude that the evidence in this case discloses no police seizure.

The remaining question is whether the calling of the analyst to testify as to the significance of the samples, constituted a seizure by the Crown within s. 8 of the *Charter*. It might be argued this amounted to appropriation or "seizure" of the accused's bodily fluids under the definition of "seizure" offered in *R. v. Dyment*, *supra*, at p. 431, amounting to "the use of a person's body without his consent". Against this argument, it might be countered that s. 8 is confined to physical seizures of property and does not apply to a witness's relevant and admissible testimony in Court.

However, we find it unnecessary to decide this issue on this appeal. Even if the analyst's testimony were regarded as a seizure within s. 8 of the *Charter*, it would comply with s. 8, as being a reasonable seizure. The trial itself establishes that there are reasonable and probable grounds to believe that the accused committed an offence. Since the issue arises only with respect to otherwise admissible evidence, it is also clear that the evidence is relevant to proof of the offence charged. In short, the conditions required for issu-

gence s'affairait à prodiguer ses soins aux patients gravement blessés. Le policier a été rappelé à deux reprises au service d'urgence pour aider les infirmières qui essayaient de soigner l'accusé. Là encore, il n'y a rien de suspect. De fait, le comportement des policiers n'aurait été critiquable que s'ils avaient simplement amené à un hôpital public une personne en état d'arrestation, puis étaient repartis. Il ressort de la preuve que la technicienne de laboratoire de l'hôpital a d'abord hésité à remettre les échantillons au coroner et qu'elle ne l'a fait qu'après avoir consulté le médecin traitant et obtenu une note du coroner. Voilà donc qui ne ressemble guère à une forme quelconque de collusion ni même à une inclination excessive à prêter concours à la police, laquelle était tenue, aux termes du par. 16(5) de la *Loi sur les coroners*, de prendre en charge les échantillons afin de les «garde[r] en lieu sûr». La constitutionnalité de cette disposition n'est pas contestée en l'espèce.

Nous concluons que, d'après la preuve en l'espèce, il n'y a eu aucune saisie par la police.

Il reste à déterminer si le fait d'avoir cité l'analyste à témoigner sur ce qu'indiquaient les échantillons constituait une saisie par le ministère public au sens de l'art. 8 de la *Charte*. On pourrait faire valoir que cela équivalait à une appropriation ou à une «saisie» des liquides organiques de l'accusé selon la définition de «saisie» donnée dans l'arrêt *R. c. Dyment*, précité, à la p. 431, comme constituant «l'utilisation du corps d'une personne, sans son consentement». On pourrait opposer à cette prétention que l'art. 8 porte seulement sur les saisies physiques de biens et ne s'applique pas à un témoignage pertinent et admissible donné en cour.

Nous n'estimons toutefois pas nécessaire de statuer sur cette question en l'espèce. Même si le témoignage de l'analyste était considéré comme une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*, il serait conforme à cet article en tant que saisie non abusive. La tenue même du procès établit l'existence de motifs raisonnables et probables de croire que l'accusé a commis une infraction. Comme la question ne se pose qu'à l'égard d'une preuve par ailleurs admissible, il est tout aussi évident que la preuve est pertinente pour établir la perpétration de

ance of a warrant are met. The appropriate standard has been satisfied. In these circumstances, the interest of the state in taking and using the information takes precedence over the accused's privacy interest. It follows that the accused's rights under s. 8 cannot be said to have been violated by production of the evidence against him at trial.

While the police might have obtained a warrant to obtain blood from the accused or pursued their demand for a breath sample, these further intrusions were unnecessary given the existence of the samples and the fact that they were to be analyzed in any event. There is to us an important difference between obtaining samples in breach of the accused's right to refuse treatment or in breach of the patient's rights of confidentiality and, as occurred here, the use in court of relevant evidence obtained pursuant to statutory authority.

VI. Conclusion

We conclude that s. 16(2) does not limit the rights guaranteed by s. 8 of the *Charter* and is valid provincial legislation. The coroner's seizure pursuant to that section was therefore authorized by law and the law itself is reasonable. As mentioned above, we can find in the record nothing unreasonable in the way the coroner exercised his powers. The seizure therefore did not limit the rights guaranteed by s. 8 and it is unnecessary to consider s. 1 or s. 24(2). The subsequent admission of the analyst's evidence at trial was similarly reasonable and lawful.

We would answer the constitutional questions as follows:

l'infraction reprochée à l'accusé. Bref, les conditions de la délivrance d'un mandat sont remplies. On a satisfait au critère approprié. Dans ces circonstances, l'intérêt qu'a l'État à s'approprier des renseignements et à les utiliser l'emporte sur le droit de l'accusé au respect de sa vie privée. On ne saurait en conséquence prétendre qu'il y a eu, du fait que la preuve en cause a été produite contre lui au procès, violation des droits que l'art. 8 garantit à l'accusé.

La police aurait peut-être pu obtenir un mandat autorisant le prélèvement d'un échantillon du sang de l'accusé ou persister dans la demande d'un échantillon d'haleine, mais de telles atteintes supplémentaires à la vie privée étaient devenues superflues étant donné l'existence des échantillons déjà prélevés et compte tenu du fait que ceux-ci devaient de toute façon faire l'objet d'une analyse. Il y a, selon nous, une différence importante entre obtenir des échantillons en violation du droit de l'accusé de refuser un traitement ou en violation des droits du patient en matière de confidentialité et, ce qui est le cas en l'espèce, utiliser en cour une preuve pertinente recueillie dans l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi.

VI. Conclusion

Nous concluons que le par. 16(2) ne restreint pas les droits garantis par l'art. 8 de la *Charte* et qu'il a été validement adopté par la province. La saisie qu'a effectuée le coroner en vertu de ce paragraphe était en conséquence autorisée par la loi, laquelle n'a elle-même rien d'abusif. Comme nous l'avons déjà mentionné, nous ne constatons au vu du dossier aucun abus dans la façon dont le coroner a exercé ses pouvoirs. La saisie n'a donc pas limité les droits garantis par l'art. 8 et il n'est pas nécessaire de tenir compte de l'article premier ni du par. 24(2). L'admission subséquente de la preuve de l'analyste au procès était aussi légale et non abusive.

Nous sommes d'avis de donner aux questions constitutionnelles les réponses suivantes:

1. Is s. 16(2) of the *Coroners Act*, R.S.O. 1980, c. 93, as amended, inconsistent with s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If s. 16(2) of the *Coroners Act*, R.S.O. 1980, c. 93, as amended, is inconsistent with s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, does this provision operate as a reasonable limit, prescribed by law, which is demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: This question does not arise.

3. Does s. 16(2) of the *Coroners Act*, R.S.O. 1980, c. 93, as amended, encroach upon the federal criminal law power, and, if so, is the provision *ultra vires* provincial legislative jurisdiction?

Answer: No.

We would dismiss the appeal.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Iacobucci JJ. was delivered by

LA FOREST J. — This appeal revisits the constitutionality of seizing blood or urine samples initially taken for medical purposes and using these samples as evidence against a defendant in a criminal prosecution. More specifically, the appeal requires this Court to determine whether a blood or urine sample initially seized and analyzed by a coroner acting pursuant to statutory authority and later appropriated by the state, without obtaining independent authorization, for the purpose of incriminating a defendant in an impaired driving trial violates the privacy rights inherent in s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which guarantees everyone the right to be secure against unreasonable search or seizure.

Facts

The appellant, Nicola Colarusso, was involved in two motor vehicle accidents early in the morn-

1. Le paragraphe 16(2) de la *Loi sur les coroners*, L.R.O. 1980, ch. 93 et ses modifications, est-il incompatible avec l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

2. Si le paragraphe 16(2) de la *Loi sur les coroners*, L.R.O. 1980, ch. 93 et ses modifications, est incompatible avec l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cette disposition constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Cette question ne se pose pas.

3. Le paragraphe 16(2) de la *Loi sur les coroners*, L.R.O. 1980, ch. 93 et ses modifications, empiète-t-il sur la compétence fédérale en matière de droit criminel et, dans l'affirmative, cette disposition excède-t-elle la compétence législative de la province?

Réponse: Non.

Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Iacobucci rendu par

LE JUGE LA FOREST — Il s'agit en l'espèce de réexaminer la constitutionnalité de la saisie d'échantillons de sang ou d'urine initialement prélevés à des fins médicales et de l'utilisation de ces échantillons comme preuve contre un défendeur dans une poursuite criminelle. Plus particulièrement, notre Cour est appelée à décider s'il y a eu, du fait que l'État, afin d'incriminer un défendeur poursuivi pour conduite avec facultés affaiblies, s'est approprié sans autorisation indépendante un échantillon de sang ou d'urine initialement saisi et analysé par un coroner agissant en vertu d'une loi, violation du droit à la vie privée inhérent à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui garantit à chacun le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

Les faits

L'appelant, Nicola Colarusso, a été impliqué dans deux accidents de voiture survenus tôt le

ing of November 15, 1986. The accidents occurred only 1.6 kilometres apart on the same highway within the span of a few minutes. In both cases, the appellant's negligent driving was the obvious cause of the collisions.

The first accident occurred when the appellant struck a pick-up truck from behind, sending it out of control. After the collision, the appellant stopped his vehicle approximately 100 metres from the point of impact and pulled onto the shoulder of the road. He was observed by a witness (an off-duty police officer) to glance back over his shoulder at the accident scene before driving away. Both occupants of the pick-up truck sustained significant injuries.

Minutes later, the appellant's vehicle crossed the centre line of the highway and struck an oncoming vehicle head-on, killing the female driver. The appellant was knocked unconscious for a period of approximately 15 minutes. Witnesses to the second accident testified that the appellant's car did not have its headlights on at the time of the collision (approximately 1:30 a.m.).

The Ontario Provincial Police arrived at the accident scene within minutes of the collision. The appellant was observed to be disoriented and his breath smelled of alcohol. The officers also noted that he had facial lacerations. The appellant was arrested for impaired driving at the scene and informed of his right to retain and instruct counsel. The officers also formally demanded a breath sample (although no breath sample was ultimately taken).

The police officers took the appellant to a hospital in the nearby town of Orangeville, Ontario. While waiting for treatment, the appellant asked a police officer if he could go to the bathroom, and then repeated the request to one of the emergency room nurses, who responded affirmatively. The nurse obtained a plastic jug and gave it to the police officer, who went with the appellant into the

matin du 15 novembre 1986. Les accidents ont eu lieu dans l'espace de quelques minutes sur la même route, à une distance de seulement 1,6 kilomètre l'un de l'autre. Dans les deux cas, c'est manifestement la conduite négligente de l'appelant qui a été à l'origine de la collision.

Le premier accident s'est produit lorsque l'appelant a heurté par derrière une camionnette, de sorte que le conducteur en a perdu la maîtrise. À la suite de la collision, l'appelant a arrêté son véhicule sur l'accotement à une centaine de mètres du lieu du choc. Un témoin (un policier qui n'était pas alors de service) a vu l'appelant jeter un coup d'œil en arrière vers les lieux de l'accident, puis reprendre la route. Les deux occupants de la camionnette ont subi des blessures graves.

Quelques minutes plus tard, le véhicule de l'appelant a traversé la ligne médiane et a percuté un véhicule qui venait de l'autre direction, causant la mort de la conductrice. Quant à l'appelant, il a perdu connaissance pendant une quinzaine de minutes. Des témoins de ce second accident ont déclaré que les phares de la voiture de l'appelant n'étaient pas allumés au moment de la collision (vers 1 h 30).

Des agents de la Police provinciale de l'Ontario sont arrivés sur les lieux dans les quelques minutes qui ont suivi la collision. Ils ont constaté que l'appelant était désorienté et que son haleine sentait l'alcool. Ils ont remarqué en outre la présence de lacérations à son visage. Ils l'ont donc arrêté sur les lieux mêmes pour conduite avec facultés affaiblies et l'ont informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. De plus, les policiers lui ont officiellement demandé un échantillon de son haleine (quoique, finalement, aucun n'ait été prélevé).

Les policiers ont conduit l'appelant à un hôpital d'Orangeville (Ontario), qui se trouvait à proximité. En attendant de se faire soigner, l'appelant a demandé à un des policiers s'il pouvait aller aux toilettes, demande qu'il a réitérée à une infirmière du service d'urgence, qui lui a répondu par l'affirmative. L'infirmière est allée chercher un contenant en plastique qu'elle a remis au policier, lequel

washroom and assisted in helping the appellant urinate into the jug. The police officer immediately returned the jug to the nurse who had given it to him.

Hospital staff testified that the hospital had a standard emergency procedure for the treatment of accident victims which they referred to as the "Trauma Protocol Procedure". As part of this procedure, the hospital routinely obtains both blood and urine samples for analysis. A nurse on duty tested the appellant's urine sample with a special "dipstick" which was used to determine if there was any blood in the urine. The urine sample was then placed in a container and transferred to the lab technician on duty. A syringe of blood was also taken from the appellant and placed into five vials, which were also given to the lab technician. Although the appellant was an uncooperative patient and indicated that he just "wanted to go home", the trial judge found that he ultimately consented to the samples being taken for medical purposes only.

After the samples had been transferred to the lab technician, the district coroner arrived at the hospital, accompanied by another police officer. He was met by the police officer who had brought the appellant to the hospital and assisted in obtaining the samples. At the hospital, the coroner examined the body of the deceased. In order to satisfy himself of the cause of the accident (which he was statutorily required to do), the coroner requested samples of the blood and urine from the lab technician. He was escorted there by the police officer who had assisted in taking the samples. After satisfying herself of the identity of the coroner, the lab technician released two vials of blood and the urine sample. The coroner wrote a signed note explaining the reason why he wanted the samples and provided this to the lab technician as his "warrant".

The coroner immediately turned the samples over to a police officer at the hospital with instruc-

a accompagné l'appelant aux toilettes et l'a aidé à uriner dans le contenant. Le policier a immédiatement rendu le contenant à l'infirmière qui le lui avait donné.

Des employés de l'hôpital ont témoigné qu'il existait une marche normalisée à suivre relativement aux soins d'urgence pour les accidentés, connue sous le nom de «*Trauma Protocol Procedure*» (mesures normales en matière traumatologique). Dans le cadre de ces mesures, l'hôpital obtient couramment des échantillons d'urine et de sang à des fins d'analyse . Une infirmière qui était de service à ce moment-là a vérifié l'échantillon d'urine de l'appelant au moyen d'une «jauge» spéciale servant à déceler la présence de sang dans l'urine. L'échantillon a ensuite été placé dans un récipient et remis à la technicienne de laboratoire qui était alors de service. On a en outre fait une prise de sang à l'appelant. Ce sang a été mis dans cinq fioles qui, elles aussi, ont été remises à la technicienne. Bien que l'appelant se soit révélé un patient peu coopératif — il disait en effet vouloir simplement retourner chez lui — le juge du procès a conclu qu'il a finalement consenti à ce que les échantillons soient prélevés, mais à des fins purement médicales.

Après que les échantillons eurent été remis à la technicienne de laboratoire, le coroner du district est arrivé à l'hôpital, accompagné d'un autre policier. Il a été accueilli par le policier qui avait conduit l'appelant à l'hôpital et l'avait aidé à fournir les échantillons. Il a examiné le cadavre de la défunte. Afin de pouvoir déterminer la cause de l'accident (ce à quoi il était tenu aux termes de loi), il a demandé à la technicienne des échantillons du sang et de l'urine de l'appelant. Il était escorté du policier qui avait aidé à obtenir les échantillons. Ayant vérifié l'identité du coroner, la technicienne lui a remis deux fioles de sang et l'échantillon d'urine. Le coroner a rédigé et signé une note expliquant pourquoi il demandait les échantillons, et l'a donnée à la technicienne comme étant son «mandat».

Le coroner a immédiatement remis les échantillons à un policier à l'hôpital le chargeant de les

tions that they be properly stored and taken to the Centre of Forensic Sciences for analysis. Pending their delivery to the Centre they were placed in the vault at the police station. The police officer prepared a report for the Centre indicating the tests to be performed. No further attempt was made to obtain a breath sample. An analysis of the blood samples ultimately determined that the blood alcohol level of the appellant at the time of the accident was between .14 and .17. The appellant was charged with two counts of impaired driving causing bodily harm, failing to stop at the scene of an accident, impaired driving causing death and criminal negligence causing death.

Although it is not clear how or when the police became aware of the results of the analysis, the analyst from the Centre of Forensic Sciences who had performed the analysis was subpoenaed at the trial and testified as to the results. This testimony formed an important element in the conviction of the appellant for impaired driving causing death and the other related offences as the police did not independently obtain any bodily fluid or breathalyser sample from the appellant.

Judicial History

Ontario District Court (Speyer Dist. Ct. J.)

At the beginning of his judgment, the trial judge made the following important findings of fact: (1) the appellant consented to the taking of the blood and urine samples for medical purposes only; (2) both the blood and urine samples were taken by the hospital for medical purposes pursuant to the Trauma Protocol Procedure and not for the purpose of assisting in any potential criminal investigation; and (3) the police officer who assisted the appellant in urinating was merely assisting the hospital in obtaining the urine sample for medical purposes and was not acting in furtherance of the criminal investigation.

garder en lieu sûr et de les apporter au Centre des sciences judiciaires à des fins d'analyse. En attendant qu'ils soient livrés au Centre, ils ont été placés dans le coffre-fort au poste de police. Le policier a rédigé pour le Centre un rapport indiquant les analyses qui devaient être effectuées. Aucune autre tentative d'obtenir un échantillon d'haleine n'a été faite. L'analyse des échantillons de sang a finalement révélé que l'appelant avait au moment de l'accident un taux d'alcoolémie se situant entre 0,14 et 0,17. Il a donc été accusé de deux chefs de conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles, d'omission d'arrêter lors d'un accident, de conduite avec facultés affaiblies causant la mort et de négligence criminelle causant la mort.

Bien qu'on ne sache pas exactement comment ou quand la police a appris les résultats de l'analyse, l'analyste du Centre des sciences judiciaires qui avait effectué cette analyse s'est vu assigner à témoigner au procès, où il a déposé relativement aux résultats. C'est en grande partie sur ce témoignage que repose le verdict de culpabilité qui a été rendu contre l'appelant relativement à l'infraction de conduite avec facultés affaiblies causant la mort et aux infractions connexes, car la police elle-même n'a pas obtenu de ce dernier d'autres échantillons de liquides organiques ni d'échantillon d'haleine.

Historique judiciaire

La Cour de district de l'Ontario (le juge Speyer)

Au début de ses motifs, le juge du procès tire les importantes conclusions de fait suivantes: (1) l'appelant a consenti au prélèvement des échantillons de sang et d'urine à des fins purement médicales; (2) ces échantillons ont été prélevés par l'hôpital à des fins médicales en application des mesures normales en matière traumatologique et non pas pour prêter concours à une éventuelle enquête criminelle, et (3) le policier qui a aidé l'appelant a uriner ne faisait qu'assister l'hôpital dans le prélèvement de l'échantillon d'urine à des fins médicales; il n'agissait pas dans le cadre de l'enquête criminelle.

As neither the police nor the coroner obtained a judicially authorized warrant for seizure of the blood or urine samples, the trial judge considered whether the seizure of the samples by the coroner was properly made. In his opinion, the coroner properly seized the samples in furtherance of his investigation into the cause of the fatal accident. The trial judge gave emphasis to the fact that the seizure was not made to assist the police officers in their criminal investigation, but, rather, was intended to be used solely for the coroner's investigation into the cause of death. In the result, the trial judge concluded that the seizure was authorized under s. 16(2) of the *Coroners Act*, R.S.O. 1980, c. 93, and, consequently, s. 8 of the *Charter* was not violated.

The appellant was convicted on the two counts of impaired driving causing bodily harm, failing to stop at the scene of an accident and criminal negligence causing death. The charge of impaired driving causing death was stayed. The appellant was sentenced to five years' imprisonment on the conviction for criminal negligence causing death and a term of 15 months for the other three convictions.

Ontario Court of Appeal (1991), 44 O.A.C. 241 (Finlayson, Krever and Galligan JJ.A.)

The Court of Appeal agreed with the trial judge's finding that the police did not seize the blood or urine samples at any time. Under its construction, the only seizure was initiated by the coroner and this was "legal" as he was acting under the authority of s. 16(2) of the *Coroners Act*.

The Court of Appeal chose not to address the appellant's contention that s. 16(2) of the *Coroners Act* was unconstitutional as being *ultra vires* the province or in violation of s. 8 of the *Charter* for want of procedural safeguards. Finlayson J.A. reached the following conclusion, at p. 243:

Comme ni la police ni le coroner n'ont obtenu de mandat judiciaire les autorisant à saisir les échantillons de sang ou d'urine, le juge du procès s'est interrogé sur la légitimité de la saisie faite par le coroner. De l'avis du juge, le coroner a saisi les échantillons légitimement dans le cadre de son investigation sur la cause de l'accident mortel. Le juge du procès a insisté sur le fait que la saisie n'a pas été effectuée pour aider les policiers dans leur enquête, mais avait pour seul but l'utilisation des échantillons dans l'investigation du coroner sur la cause du décès. En définitive, le juge du procès a conclu qu'il s'agissait d'une saisie autorisée par le par. 16(2) de la *Loi sur les coroners*, L.R.O. 1980, ch. 93, donc d'une saisie qui ne violait pas l'art. 8 de la *Charte*.

L'appelant a été déclaré coupable relativement aux deux chefs de conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles, à l'omission d'arrêter lors d'un accident et à la négligence criminelle causant la mort. Il y a eu arrêt des procédures quant à l'accusation de conduite avec facultés affaiblies causant la mort. L'appelant a été condamné à cinq ans de prison relativement à l'infraction de négligence criminelle causant la mort et à 15 mois relativement aux trois autres déclarations de culpabilité.

La Cour d'appel de l'Ontario (1991), 44 O.A.C. 241 (les juges Finlayson, Krever et Galligan)

La Cour d'appel a souscrit à la conclusion du juge du procès que la police n'avait jamais saisi les échantillons de sang ou d'urine. Selon son interprétation, l'unique saisie a été effectuée par le coroner et elle était «légale» puisqu'il agissait conformément au par. 16(2) de la *Loi sur les coroners*.

La Cour d'appel a décidé ne pas se pencher sur l'argument de l'appelant alléguant l'inconstitutionnalité du par. 16(2) de la *Loi sur les coroners* du fait soit que la province n'avait pas compétence pour l'adopter, soit qu'il violait l'art. 8 de la *Charte* vu l'absence de garanties procédurales. Le juge Finlayson est arrivé la conclusion suivante, à la p. 243:

I do not think that we have to address these constitutional questions. The only issue before us on this appeal is the admissibility of the testimony of the analyst (from the Centre for Forensic Sciences) as to the blood and urine samples. The coroner testified at trial that he was not conducting a criminal investigation but that he was discharging his duties under the *Coroners Act* to determine how the deceased Carol Connors came to her death. Even assuming that s. 16(2) of the *Coroners Act* is unconstitutional and that the coroner's obtaining of the samples was unlawful, the evidence would nevertheless be admissible under s. 24(2) of the *Charter*. The coroner's seizure was made in the good faith belief that he was acting lawfully. If the samples had not been obtained under s. 16(2) of the *Coroners Act* they could have been obtained by the police under a search warrant which, on the facts of this case, would most certainly have been obtained.

It is clear then that the admission of the evidence of the analyst in these circumstances would not bring the administration of justice into disrepute.

The Appeal to this Court

Leave to appeal to this Court was sought and granted, and the following constitutional questions were stated by the Chief Justice:

1. Is s. 16(2) of the *Coroners Act*, R.S.O. 1980, c. 93, as amended, inconsistent with s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If s. 16(2) of the *Coroners Act*, R.S.O. 1980, c. 93, as amended, is inconsistent with s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, does this provision operate as a reasonable limit, prescribed by law, which is demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

3. Does s. 16(2) of the *Coroners Act*, R.S.O. 1980, c. 93, as amended, encroach upon the federal criminal law power, and, if so, is the provision *ultra vires* provincial legislative jurisdiction?

Section 16(2) of the *Coroners Act*, R.S.O. 1980, c. 93 (now R.S.O. 1990, c. C-37), reads as follows:

[TRADUCTION] Je ne crois pas que nous ayons à aborder ces questions constitutionnelles. L'unique question à trancher en l'espèce est celle de l'admissibilité du témoignage de l'analyste (du Centre des sciences judiciaires) quant aux échantillons de sang et d'urine. Le coroner a témoigné au procès qu'il ne menait pas d'enquête criminelle mais qu'il s'acquittait plutôt de la tâche qui lui incombait, conformément à la *Loi sur les coroners*, de déterminer la cause de la mort de Carol Connors. Même à supposer que le par. 16(2) de la *Loi sur les coroners* soit inconstitutionnel et que le coroner ait obtenu illégalement les échantillons, la preuve serait néanmoins admissible aux termes du par. 24(2) de la *Charte*. Le coroner a effectué la saisie croyant en toute bonne foi agir légalement. Si les échantillons n'avaient pas été obtenus en vertu du par. 16(2) de la *Loi sur les coroners*, la police aurait pu les obtenir au moyen d'un mandat de perquisition, lequel, compte tenu des faits de l'espèce, aurait très certainement été décerné.

Il est donc évident que l'utilisation de la preuve de l'analyste dans ces circonstances n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Le pourvoi devant notre Cour

Notre Cour ayant fait droit à la demande d'autorisation de pourvoi, le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Le paragraphe 16(2) de la *Loi sur les coroners*, L.R.O. 1980, ch. 93 et ses modifications, est-il incompatible avec l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Si le paragraphe 16(2) de la *Loi sur les coroners*, L.R.O. 1980, ch. 93 et ses modifications, est incompatible avec l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cette disposition constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. Le paragraphe 16(2) de la *Loi sur les coroners*, L.R.O. 1980, ch. 93 et ses modifications, empiète-t-il sur la compétence fédérale en matière de droit criminel et, dans l'affirmative, cette disposition excède-t-elle la compétence législative de la province?

Le paragraphe 16(2) de la *Loi sur les coroners*, L.R.O. 1980, ch. 93 (maintenant L.R.O. 1990, ch. C-37), dispose:

16. . . .

(2) A coroner may, where he believes on reasonable and probable grounds that to do so is necessary for the purposes of the investigation,

(a) inspect any place in which the deceased person was, or in which the coroner has reasonable grounds to believe the deceased person was, prior to his death;

(b) inspect and extract information from any records or writings relating to the deceased or his circumstances and reproduce such copies therefrom as the coroner believes necessary;

(c) seize anything that the coroner has reasonable grounds to believe is material to the purposes of the investigation.

16 . . .

(2) S'il a des motifs raisonnables et probables de croire que cela est nécessaire pour les fins de son investigation, le coroner peut:

a) inspecter tout lieu dans lequel se trouvait la personne décédée ou dans lequel il a des motifs raisonnables de croire que celle-ci se trouvait avant son décès;

b) examiner les dossiers ou écrits relatifs à la personne décédée ou à sa situation, en extraire des renseignements et en faire des copies, selon ce qu'il juge nécessaire;

c) saisir toute chose qu'il a des motifs raisonnables de croire importante aux fins de son investigation.

Analysis

In the courts below, the appellant sought to impugn the introduction of the blood sample analysis in two ways. First, he argued that the sequence of events through which the police ultimately obtained the results of the blood sample analysis constitutes an unreasonable seizure by the police officers themselves. Secondly, he contended that the statutory provision enabling the coroner to seize the blood and urine samples, s. 16(2) of the *Coroners Act*, is unconstitutional on the basis that it is *ultra vires* the province of Ontario or, alternatively, that it violates s. 8 of the *Charter* by failing to incorporate sufficient procedural safeguards. I propose to deal with both these issues, although, as will appear, I do not find it necessary to rule definitively upon the constitutionality of s. 16(2) of the *Coroners Act*. I begin, then, by examining whether there was an unreasonable seizure on the assumption that s. 16(2) is constitutionally valid.

Was there an Unreasonable Seizure?

Hunter v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145, teaches us that s. 8, like other *Charter* rights, must be broadly and liberally construed to effect its purpose. And that purpose, it identified, is to secure the citizen's right to a reasonable expectation of

Analyse

Devant les juridictions inférieures, l'appelant a cherché à contester à deux titres la mise en preuve de l'analyse des échantillons de sang. Il a fait valoir d'abord que la suite des événements qui ont abouti à l'obtention par la police des résultats de l'analyse des échantillons de sang constitue une saisie abusive par les policiers eux-mêmes. Deuxièmement, l'appelant a soutenu que la disposition législative habilitant le coroner à saisir les échantillons de sang et d'urine, le par. 16(2) de la *Loi sur les coroners*, est inconstitutionnelle du fait qu'elle excède la compétence de la province d'Ontario ou, subsidiairement, parce qu'elle viole l'art. 8 de la *Charte* en raison de l'absence de garanties procédurales suffisantes dans son libellé. Je me propose d'aborder chacun de ces points, même si, comme on s'en rendra compte, je ne juge pas nécessaire de statuer de façon définitive sur la constitutionnalité du par. 16(2) de la *Loi sur les coroners*. Tenant donc pour avérée la constitutionnalité du par. 16(2), je commence par examiner s'il y a eu saisie abusive.

Y a-t-il eu saisie abusive?

Il ressort de l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, que, comme les autres droits garantis par la *Charte*, celui prévu à l'art. 8 doit recevoir une interprétation large et libérale pour que son objectif soit atteint. Et cet objectif, d'après

privacy against governmental encroachments. The need for privacy can vary with the nature of the matter sought to be protected, the circumstances in which and the place where state intrusion occurs, and the purposes of the intrusion. That physical integrity, including bodily fluids, ranks high among the matters receiving constitutional protection, there is no doubt; see *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417. Moreover, hospitals have been identified as specific areas of concern in the protection of privacy, given the vulnerability of individuals seeking medical treatment. The requirement for seizing items for the purpose of criminal law enforcement has also been set at a high level; not surprisingly — it involves the freedom of the individual. Absent exigent circumstances, there is a requirement of prior authorization by a judicial officer as a precondition to a valid seizure for the criminal law purposes; see *Hunter*, *supra*. And the minimum requirement for such authorization is that the judicial officer be satisfied that there are reasonable and probable grounds that an offence has been committed and that the search will afford evidence of that offence. This high threshold, together with the general approach set forth in *Hunter*, at p. 155, that the function of the *Charter* "is to provide . . . for the unremitting protection of individual rights and liberties" sought to be protected, is the proper perspective from which the situation in the present case must be assessed.

It is beyond dispute that if the police had attempted to seize physically the blood sample directly from the hospital, the seizure would be subject to s. 8 scrutiny; see *Pohoretsky*. And *Dyment* establishes that even if a doctor or analyst had voluntarily given the sample to the police in a situation such as the present where the sample was taken solely for medical purposes, the sample would also fall within the protection of that provision.

l'arrêt *Hunter*, consiste à mettre à l'abri des atteintes gouvernementales le droit du citoyen de pouvoir s'attendre raisonnablement au respect de sa vie privée. Or, le besoin de voir respecter sa vie privée peut varier selon la nature de ce qu'on veut protéger, les circonstances de l'ingérence de l'État et l'endroit ou celle-ci se produit, et selon les buts de l'ingérence. Sans aucun doute, l'intégrité physique, y compris en ce qui concerne les liquides organiques, figure parmi les principales questions protégées par la Constitution; voir *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417. La question du respect de la vie privée a été reconnue comme particulièrement importante dans le domaine hospitalier, étant donné la vulnérabilité des personnes qui viennent y chercher des traitements médicaux. Les exigences auxquelles il faut satisfaire pour saisir des articles aux fins de l'application du droit criminel sont, elles aussi, sévères. Il n'y a pas à s'en étonner d'ailleurs, car c'est la liberté de l'individu qui est en jeu. En l'absence d'une situation d'urgence, l'obtention de l'autorisation préalable d'un officier de justice s'impose comme condition de la légitimité d'une saisie effectuée aux fins du droit criminel; voir l'arrêt *Hunter*, précité. Or, l'exigence minimale pour obtenir une telle autorisation est que l'officier de justice soit convaincu qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise et que la fouille ou perquisition permettra d'en faire la preuve. C'est donc dans l'optique de cette exigence sévère et du principe général énoncé dans l'arrêt *Hunter*, à la p. 155 (à savoir que la *Charte* vise à assurer «la protection constante des droits et libertés individuels»), qu'il convient d'examiner la situation en l'espèce.

Incontestablement, si la police avait tenté de saisir directement l'échantillon de sang que l'hôpital avait en sa possession, cette saisie aurait donné lieu à un examen en vertu de l'art. 8; voir l'arrêt *Pohoretsky*. De plus, suivant l'arrêt *Dyment*, même si un médecin ou un analyste avait volontairement remis l'échantillon à la police dans une situation comme celle dont il s'agit en l'espèce, où le prélèvement de l'échantillon s'est fait à des fins purement médicales, cet échantillon bénéficierait également de la protection de l'art. 8.

The Court of Appeal obviously did not see the present case as falling within the ambit of the principles set forth in *Dyment*. It narrowly focused on the actions of the coroner in physically taking the blood and urine samples. After reviewing the chain of events leading up to the seizure of the samples by the coroner, the court concluded, at p. 243, that, given that the evidence was seized by the coroner and turned over to the police for safekeeping and transportation to the laboratory, it is "apparent that the police did not seize any blood or urine samples from the appellant at any time".

In proceeding in this way, it seems to me, the actions of the police, the nature of the coroner's possession of the blood sample and other surrounding circumstances are completely obscured. Assuming for the moment that the seizure by the coroner pursuant to s. 16(2) of the *Coroners Act* is constitutionally valid, such an approach is still, in my opinion, inappropriate. It is obvious from *Dyment* that all the surrounding circumstances must be assessed to determine whether there has been a search by law enforcement officers, and I have no doubt the same is true in assessing the reasonableness of a search (a matter to which I shall return). Two statements in *Dyment* bear this out. In assessing the manner in which the police obtained the blood sample there, the Court at p. 431 observed:

As I see it, the essence of a seizure under s. 8 is the taking of a thing from a person by a public authority without that person's consent. That is what occurred in *Pohoretsky*, *supra*. The focus of the enquiry in that case was on the actual taking of the blood sample. But one must bear in mind why that was so. In *Pohoretsky*, the blood sample was taken at the request of the police officer. The taking of the blood sample, therefore, immediately triggered s. 8 scrutiny. Section 8 was designed to protect against actions by the state and its agents. Here too the focus of enquiry must be on the circumstances in which the police officer obtained the sample. However, the circumstances under which it was

De toute évidence, la Cour d'appel a estimé que la présente affaire ne relevait pas des principes énoncés dans l'arrêt *Dyment*, car elle a limité son examen aux actes du coroner, qui avait physiquement pris les échantillons de sang et d'urine. Ayant retracé la suite des événements qui ont mené à la saisie des échantillons par le coroner, la cour a conclu, à la p. 243, que, puisque ces éléments de preuve ont été saisis par le coroner, qui les a remis à la police pour qu'elle les garde en lieu sûr et les transporte au laboratoire, il est [TRADUCTION] «évident que la police n'a à aucun moment saisi d'échantillons de sang ou d'urine de l'appelant».

Il me semble que cette façon de procéder embrouille complètement la question des actes de la police, de la nature de la possession qu'avait le coroner de l'échantillon de sang et d'autres circonstances entourant la saisie. À supposer pour le moment que la saisie effectuée par le coroner en vertu du par. 16(2) de la *Loi sur les coroners* soit constitutionnelle, je suis néanmoins d'avis que cette façon de procéder est inopportune. Il se dégage nettement de l'arrêt *Dyment* que toutes les circonstances sont à prendre en considération pour déterminer si des agents chargés de l'application de la loi ont procédé à une fouille ou à une perquisition, et, j'en suis certain, cela vaut également pour l'appréciation du caractère raisonnable d'une telle fouille ou perquisition (point sur lequel je reviendrai). Deux déclarations dans l'arrêt *Dyment* le confirment d'ailleurs. En examinant la manière dont la police avait obtenu l'échantillon de sang dans cette affaire, la Cour a fait remarquer, à la p. 431:

À mon avis, il y a saisie au sens de l'art. 8 lorsque les autorités prennent quelque chose appartenant à une personne sans son consentement. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire *Pohoretsky*, précitée. L'examen dans cette affaire était axé sur le prélèvement même de l'échantillon de sang. Mais on doit garder à l'esprit la raison pour laquelle il en a été ainsi. Dans l'affaire *Pohoretsky*, l'échantillon avait été prélevé à la demande de l'agent de police. Le prélèvement de l'échantillon de sang déclenchait donc immédiatement un examen fondé sur l'art. 8. L'article 8 a été conçu pour accorder une protection contre les actions de l'État et de ses mandataires. En l'espèce aussi, l'examen doit être axé sur les circons-

obtained by the doctor are by no means irrelevant. [Emphasis added.]

Again, at p. 432, it is stated:

> . . . I cannot conceive that the doctor here had any right to take Mr. Dyment's blood and give it to a stranger for purposes other than medical purposes unless the law otherwise required, and any such law, too, would be subject to *Charter* scrutiny. Specifically, I think the protection of the *Charter* extends to prevent a police officer, an agent of the state, from taking a substance as intimately personal as a person's blood from a person who holds it subject to a duty to respect the dignity and privacy of that person.

These excerpts make it clear that when a bodily fluid sample ends up being used by the police in a criminal prosecution, even when (as in *Dyment*) the sample was initially extracted for medical purposes in the absence of the police, the Court must focus on the actions of the police because s. 8 guarantees protection against the actions of the state or state actors, a protection that is particularly strict in relation to law enforcement activities. As discussed in *Dyment* the actions of the doctor are relevant and important. Though he or she may have obtained the sample under lawful circumstances, the limited purpose for which it was obtained cannot be ignored. Equally, the lawful possession of the sample by another cannot be allowed to detract from the review of the police actions which must remain a primary focus for the Court. The same is true in the present case. The police cannot rely on the actions of the coroner to shift the Court's focus away from their actions. The fact that the sample in this case may have initially been properly seized by the coroner is relevant, but this does not necessarily preclude a finding that the police may also have seized the sample or that the subsequent appropriation of the evidence for use in a criminal prosecution may make the seizure unreasonable.

tances dans lesquelles l'agent de police a obtenu l'échantillon. Toutefois, les circonstances dans lesquelles le médecin l'a obtenu sont loin d'être sans importance. [Je souligne.]

La Cour a ajouté, à la p. 432:

> . . . je ne puis concevoir que le médecin en l'espèce ait eu le droit de prélever le sang de M. Dyment et de le donner à un étranger pour des fins autres que médicales, à moins d'une exigence contraire de la loi, et toute loi de ce genre serait elle aussi assujettie à un examen en regard de la *Charte*. Plus précisément, je pense que la protection accordée par la *Charte* va jusqu'à interdire à un agent de police, qui est un mandataire de l'État, de se faire remettre une substance aussi personnelle que le sang d'une personne par celui qui la détient avec l'obligation de respecter la dignité et la vie privée de cette personne.

Il ressort clairement de ces passages que, lorsqu'un échantillon d'un liquide organique finit par être utilisé par la police dans une poursuite criminelle, fût-ce dans un cas où (comme dans l'affaire *Dyment*) l'échantillon a initialement été prélevé à des fins médicales hors de la présence de la police, la Cour doit se concentrer sur les actes de la police parce que l'art. 8 garantit la protection contre les actes de l'État ou de ses représentants, et cette protection est particulièrement stricte dans le contexte des activités liées à l'application de la loi. Comme l'indique l'arrêt *Dyment*, les actes du médecin sont à la fois pertinents et importants. Bien qu'il ait peut-être obtenu légalement l'échantillon, on ne saurait faire abstraction de l'objet limité pour lequel il a été prélevé. De même, il ne faut pas permettre que la possession légale de l'échantillon par autrui fasse échapper à l'examen les actes des policiers, qui doivent demeurer l'un des éléments principaux sur lesquels la Cour doit porter son attention. Ainsi en est-il également en l'espèce. La police ne saurait, en invoquant les actes du coroner, soustraire ses propres actes à l'examen de la Cour. Que l'échantillon en l'espèce ait peut-être été initialement saisi légitimement par le coroner est certes pertinent, mais cela n'exclut pas nécessairement une conclusion qu'il a pu avoir également été saisi par la police ou que l'appropriation subséquente de la preuve en vue de son utilisation dans une poursuite criminelle a pu rendre la saisie abusive.

Consequently, in dealing with a situation in which a bodily sample is seized by a party other than the police, but ultimately winds up being used against the individual by the criminal law enforcement arm of the state, it is essential that the court go beyond the initial non-police seizure and determine whether the actions of the police (or other agent of the criminal law enforcement arm of the state) constitute a seizure by the state in and of themselves or make the initially valid seizure by the coroner unreasonable. That being so, the actions of the agents of the criminal law enforcement arm of the state will be subject to scrutiny under s. 8 of the *Charter* even if, absent the intervention of the police, the initial non-police seizure would not run afoul of the *Charter*.

Par conséquent, dans un cas où un échantillon d'une substance organique est saisi par quelqu'un d'autre qu'un policier, mais où la branche de l'État chargée de l'application du droit criminel finit par s'en servir contre la personne dont provient l'échantillon, il importe au premier chef que le tribunal ne s'en tienne pas au fait que la saisie initiale n'a pas été effectuée par la police et qu'il se demande si les actes de la police (ou de tout autre mandataire de la branche de l'État chargée de l'application du droit criminel) constituent en soi une saisie par l'État ou s'ils rendent abusive la saisie légitime initialement effectuée par le coroner. Cela étant, les actes des mandataires de la branche de l'État chargée de l'application du droit criminel seront soumis à l'examen en vertu de l'art. 8 de la *Charte*, même si, en l'absence de l'intervention policière, la saisie initiale effectuée par quelqu'un d'autre que la police ne violerait pas la *Charte*.

In the present situation, we are aware of the following relevant facts: (1) the police charged the appellant at the accident scene before taking him to the hospital; (2) at the hospital, a police officer assisted the appellant in urinating into a bottle for subsequent analysis for medical purposes; (3) after seizing the blood and urine samples, the coroner turned the samples over to the police to transport them to the Centre for Forensic Sciences for analysis for the purpose of determining the cause of death as required by the *Coroners Act*; and (4) the Crown subpoenaed the analyst from the Centre to testify at the appellant's trial, an analyst also used by the police on previous occasions.

Dans le cas qui nous occupe, les faits pertinents suivants ont été portés à notre attention: (1) la police a accusé l'appelant sur les lieux de l'accident avant de l'emmener à l'hôpital; (2) à l'hôpital, un policier a aidé l'appelant à uriner dans une bouteille en vue d'une analyse subséquente à des fins médicales; (3) après avoir saisi les échantillons de sang et d'urine, le coroner les a remis à la police pour qu'ils soient transportés au Centre des sciences judiciaires pour analyse afin de déterminer la cause du décès en conformité avec la *Loi sur les coroners*, et (4) le ministère public a assigné l'analyste du Centre à témoigner au procès de l'appelant; il s'agissait d'un analyste aux services duquel la police avait déjà eu recours.

With these facts in mind, I will turn to a scrutiny of the two stages of police involvement, the first being the stage before the coroner was implicated, and the other following the seizure of the sample by the coroner.

Gardant ces faits présents à l'esprit, je passe maintenant à l'étude des deux étapes des activités policières, la première étant la période antérieure à l'intervention du coroner, et la seconde correspondant à la période suivant la saisie de l'échantillon par le coroner.

I shall begin by briefly discussing the effect of the police officer's assistance in helping the appellant urinate into the bottle. According to the trial judge, the police officer was merely assisting the hospital in its medical analysis and had no ulterior motives respecting the sample. In other words, he

Je commencerai par traiter brièvement des conséquences du fait que le policier a aidé l'appelant à uriner dans la bouteille. D'après le juge du procès, le policier ne faisait qu'assister l'hôpital dans son analyse médicale, et ce, sans aucune arrière-pensée concernant l'échantillon. En d'autres termes, il

was acting merely as an agent of the hospital and not in his capacity as a police officer, possessing no knowledge that the sample might ultimately be used for a purpose contrary to the interests of the appellant (which, as I discuss later, is a prerequisite to a s. 8 seizure). Since there was evidence to enable the trial judge to so conclude, I do not interfere with this finding of fact.

As an aside, I cannot, however, overstate my concern that such actions may reflect the type of unwelcome complicity between the police and hospital about which I wrote in *Dyment*, *supra*. The appellant in this case had already been charged with a criminal offence and, as such, was aware that the results of his treatment might ultimately be used to incriminate him. The presence of the police officer in the emergency room in such circumstances can only serve to undermine the physician-patient relationship, as the accused would likely interpret these facts as a sign that the medical staff was operating in conjunction with the police investigation. Such a scenario could have catastrophic results if an accused resisted essential treatment for fear it might incriminate him in future criminal proceedings. Although I have not categorized the assistance of the police officer at this early stage as a seizure, I would emphasize that such complicity is at best unwise and should be avoided at all times unless the assistance of the police officer is necessary in order to give essential medical treatment because of exigent circumstances. In this situation, the presence of the officer was unwarranted as the hospital staff could have obtained the sample themselves. The following words used in *Dyment*, at p. 434, are especially apt here:

> Under these circumstances, the courts must be especially alert to prevent undue incursions into the private lives of individuals by loose arrangements between hospital personnel and law enforcement officers. The *Charter*, it will be remembered, guarantees the right to be secure against unreasonable searches and seizures.

agissait simplement en tant que mandataire de l'hôpital et non pas en sa qualité de policier, ne sachant pas que l'échantillon pourrait servir ultérieurement à une fin contraire aux intérêts de l'appelant (ce qui, comme je l'indiquerai plus loin, est une condition préalable à toute saisie visée à l'art. 8). Vu qu'il y avait des éléments de preuve permettant au juge du procès de tirer cette conclusion de fait, je n'interviendrai pas à ce sujet.

Soit dit en passant, je ne saurais toutefois trop insister sur le fait que je crains que de tels actes ne soient le reflet du type de collusion déplacée entre police et hôpital dont j'ai parlé dans l'arrêt *Dyment*, précité. L'appelant en l'espèce avait déjà été accusé d'une infraction criminelle et, par conséquent, savait que les résultats de ses traitements risquaient d'être utilisés à un moment donné pour l'incriminer. Dans ces circonstances, la présence du policier dans la salle d'urgence ne pouvait que miner le rapport médecin-patient, car l'accusé pouvait vraisemblablement déduire de cet état de choses que le personnel médical prêtait son concours à l'enquête policière. Voilà donc qui pourrait s'avérer catastrophique si un accusé refusait un traitement essentiel de crainte de se voir incriminer lors de procédures criminelles futures. Bien que je ne qualifie pas de saisie l'aide fournie par le policier à ce stade initial, je tiens à souligner que pareille collusion est pour le moins peu judicieuse et doit être systématiquement évitée, sauf si, étant donné l'urgence de la situation, il faut avoir recours à l'aide du policier afin de donner un traitement médical essentiel. En l'espèce, la présence du policier était injustifiée puisque le personnel de l'hôpital aurait pu obtenir l'échantillon sans aide. Sont particulièrement pertinents dans ce contexte les propos suivants tenus dans l'arrêt *Dyment*, à la p. 434:

> Dans ces circonstances, les tribunaux doivent veiller tout particulièrement à empêcher les immixtions indues dans la vie privée des particuliers par suite de vagues arrangements pris entre le personnel hospitalier et les agents responsables de l'application de la loi. La *Charte*, on s'en souviendra, garantit le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

I turn now to the activities of the police after the arrival of the coroner at the hospital. These can be viewed in two different ways: (1) as amounting to a seizure by the police independent of the prior seizure by the coroner, and (2) as making the originally valid seizure by the coroner unreasonable because that seizure was not confined to the limited statutory purpose for which it was obtained, but was ultimately used for law enforcement purposes. I shall examine each of these approaches in turn.

Were the Samples Unreasonably Seized by the Police?

In *Dyment*, at p. 431, I observed that the essence of a seizure under s. 8 of the *Charter* is the taking of something from a person by a public authority without that person's consent. In my opinion, it is clear that the "taking" of a bodily fluid sample need not be directly from the person whose rights are affected (and from whom the sample originated), or even (as in *Dyment*) from the medical staff who extracted the sample, in order to constitute a seizure sufficient to invoke the protection of s. 8. The protection of s. 8 necessarily extends to a state seizure where the "taking" is from the immediate possession of another person who is lawfully in possession of the bodily sample.

In the present case, it is apparent that the coroner gave the police physical possession of the blood and urine samples for the purpose of transporting the samples to the lab. The coroner may well have intended that the police operate merely as his agents in transporting the samples to the laboratory and that their courier duties would be completely separate from their duties as police officers investigating a potential crime. It is evident, however, that the officers who transported the blood and urine samples knew of the potential incriminatory nature of the samples and intended to use the results of the analysis for their own purposes at the outset. They possessed the samples then and because of their close relationship with the coroner's office were effectively empowered and

Cela m'amène aux actes de la police après l'arrivée du coroner à l'hôpital. Ceux-ci peuvent être considérés sous deux angles différents: (1) comme constituant une saisie par la police, indépendante de la saisie antérieure effectuée par le coroner, et (2) comme rendant abusive la saisie initialement légitime par le coroner parce que cette saisie n'a pas servi qu'aux fins limitées prescrites par la loi pour lesquelles elle a été effectuée, mais a fini par servir aux fins de l'application de la loi. Je me propose d'examiner à tour de rôle chacune de ces interprétations.

La police a-t-elle saisi abusivement les échantillons?

Dans l'arrêt *Dyment*, à la p. 431, j'ai fait remarquer qu'il y a saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte* lorsque les autorités prennent quelque chose appartenant à une personne sans son consentement. À mon avis, il est évident qu'il n'est pas nécessaire qu'un échantillon d'un liquide organique soit «pris» directement à la personne dont les droits sont lésés (et de qui provient l'échantillon), ni même au personnel médical qui a prélevé l'échantillon (comme dans l'affaire *Dyment*), pour qu'il y ait saisie justifiant que soit invoquée la protection de l'art. 8. Cette protection s'étend nécessairement au cas d'une saisie par l'État, qui «prend» directement l'échantillon d'une substance organique à une autre personne qui en a légalement la possession.

Il appert, en l'espèce, que le coroner a remis à la police les échantillons de sang et d'urine pour qu'ils soient transportés au laboratoire. Il se peut bien que le coroner ait voulu que les policiers agissent simplement comme ses mandataires pour apporter les échantillons au laboratoire et que le service de messager ainsi rendu soit tout à fait distinct de leurs fonctions de policiers enquêtant sur un crime possible. Il est toutefois évident que les policiers qui ont assuré le transport des échantillons de sang et d'urine connaissaient le caractère éventuellement incriminant de ceux-ci et avaient, dès l'abord, l'intention de se servir des résultats de l'analyse à leurs propres fins. Ils avaient alors la possession des échantillons et, en raison de leurs liens étroits avec le bureau du coroner, détenaient

intended to deal with them for their own purposes — criminal investigation.

At the time the coroner gave the samples to the police, the appellant had already been charged with several offences related to impaired driving. As such, the criminal investigation had already begun. Prior to the blood and urine samples, the only evidence that the appellant was impaired was the observation of the police officer at the accident scene who smelled alcohol on the appellant's breath and noted that he was "disoriented". It is apparent that this evidence would be insufficient to sustain a conviction for the impaired driving offences, as disorientation is consistent with any number of injuries that may be sustained in an automobile accident, and the smell of alcohol on the appellant's breath does not indicate that the appellant's blood alcohol level was over the legal limit. Indeed, the trial judge expressly stated that this evidence was inadequate to support a conviction.

Evidently, the police were also aware that further evidence of intoxication was required and, consequently, formally demanded a breathalyser sample at the accident scene. It is well established that a breathalyser sample must be obtained within a short time of the alleged infraction to be of evidentiary value. Yet, after the coroner gave the blood and urine samples to the police officers for the purpose of transporting it to the laboratory, no further attempt was made to obtain a breathalyser sample. Furthermore, the police did not request a blood sample from the appellant or even attempt to obtain a warrant to seize the original blood sample.

There is only one logical explanation for the strategy employed by the police: when the coroner gave possession of the blood and urine samples to the police officers for transportation to the Centre for Forensic Science, the police knew that they could use the results of the analysis as evidence

dans les faits le pouvoir d'utiliser — et en avaient d'ailleurs l'intention — ces échantillons à leurs propres fins, c'est-à-dire dans le cadre de l'enquête criminelle.

Au moment où le coroner a remis les échantillons à la police, l'appelant avait déjà été accusé de plusieurs infractions liées à la conduite avec facultés affaiblies. L'enquête criminelle avait donc été ouverte. Avant le prélèvement des échantillons de sang et d'urine, la seule preuve de l'affaiblissement des facultés était la constatation par le policier sur les lieux de l'accident que l'haleine de l'appelant sentait l'alcool et qu'il était «désorienté». À l'évidence, ce seul élément de preuve ne suffirait pas à fonder une déclaration de culpabilité relativement aux infractions de conduite avec facultés affaiblies, puisque la désorientation peut s'expliquer par un bon nombre de blessures pouvant être subies dans un accident d'automobile. De plus, le fait que son haleine sentait l'alcool n'indique pas chez l'appelant un taux d'alcoolémie supérieur à la limite légale. Le juge du procès a dit expressément d'ailleurs que cet élément de preuve était insuffisant pour fonder un verdict de culpabilité.

Manifestement, la police savait elle aussi qu'il lui fallait une preuve supplémentaire d'ivresse et elle a en conséquence demandé officiellement un échantillon d'haleine sur les lieux de l'accident. Or, il est bien établi que, pour avoir quelque valeur probante, un tel échantillon doit être prélevé dans un court laps de temps après l'infraction reprochée. Pourtant, après que le coroner eut remis les échantillons de sang et d'urine aux policiers pour qu'ils les transportent au laboratoire, aucune nouvelle tentative n'a été faite d'obtenir un échantillon d'haleine. D'autre part, la police n'a pas demandé d'échantillon de sang à l'appelant ni même tenté d'obtenir un mandat autorisant la saisie de l'échantillon déjà prélevé.

Il n'y a qu'une explication logique de la stratégie policière: quand le coroner a remis les échantillons de sang et d'urine aux policiers afin qu'ils les apportent au Centre des sciences judiciaires, ceux-ci savaient qu'ils allaient pouvoir utiliser les résultats de l'analyse comme preuve contre l'appelant.

against the appellant. Indeed, the police may have regarded the blood sample as the best available evidence. Not only was it obtained within an hour of the accident, but the analysis was to be undertaken by the same analysts at the Centre for Forensic Sciences who worked for the police on a regular basis. As a result, the police saw no need to obtain further evidence of intoxication through the various means available to them. In my opinion, there can be no question that the police took possession of the samples and transferred them to the Centre of Forensic Sciences with the full knowledge that they might incriminate the appellant and with the intention of appropriating the results of the analysis for use in the criminal prosecution of the appellant. Given the effective control by the police over the samples held by another agent of the state, I would conclude that the police seized the blood sample from the appellant independently of the coroner's seizure (although the police seizure was obviously facilitated by the actions of the coroner).

La police a peut-être même considéré l'échantillon de sang comme le meilleur élément de preuve dont elle disposait. Non seulement il a été prélevé dans l'heure qui a suivi l'accident, mais l'analyse devait être effectuée précisément par les analystes au Centre des sciences judiciaires qui travaillaient régulièrement pour la police. Par conséquent, la police ne sentait pas le besoin de se procurer par les différents moyens dont elle disposait des preuves supplémentaires de l'ivresse. À mon avis, il ne fait aucun doute que la police a pris possession des échantillons, puis les a transférés au Centre des sciences judiciaires, sachant parfaitement qu'ils pourraient incriminer l'appelant et ayant l'intention de s'approprier les résultats de l'analyse pour s'en servir dans les poursuites criminelles exercées contre ce dernier. Étant donné qu'elle avait dans les faits la mainmise sur les échantillons détenus par un autre mandataire de l'État, je conclus que la police a saisi l'échantillon de sang de l'appelant et qu'elle l'a fait indépendamment de la saisie effectuée par le coroner (quoique la saisie policière ait évidemment été facilitée par les actes de celui-ci).

At all events, they seized information involving the bodily integrity of the individual that could only be obtained originally with his consent or later pursuant to a statute for the limited purposes intended by the statute. This really goes to the underlying reason for the protection afforded by s. 8; one must not overemphasize the purely physical aspects of the seizure. In both *Hunter* and *Dyment*, the Court emphasized that what is protected by s. 8 is people, not places or things. The principal right protected by s. 8 is individual privacy, and the provision must be purposively applied to that end. The following statement from *Dyment*, at pp. 429-30, is relevant here:

Finally, there is privacy in relation to information. This too is based on the notion of the dignity and integrity of the individual. As the Task Force put it (p. 13): "This notion of privacy derives from the assumption that all information about a person is in a fundamental way

Quoi qu'il en soit, la police a saisi de l'information mettant en jeu l'intégrité physique d'un particulier, qui ne pouvait être obtenue initialement qu'avec le consentement de celui-ci ou, par la suite, en vertu d'une loi pour les fins limitées envisagées par cette loi. Voilà en fait la raison d'être fondamentale de la protection qu'accorde l'art. 8; il faut donc se garder de trop insister sur les aspects purement physiques de la saisie. Tant dans l'arrêt *Hunter* que dans l'arrêt *Dyment*, notre Cour a souligné que la protection de l'art. 8 est accordée aux personnes et non pas à des lieux ou à des choses. L'article 8 protège d'abord et avant tout le droit à la vie privée des particuliers et doit en conséquence s'interpréter d'une manière qui permet d'atteindre cet objectif. La déclaration suivante tirée de l'arrêt *Dyment*, aux pp. 429 et 430, est pertinente à ce propos:

Enfin il y a le droit à la vie privée en matière d'information. Cet aspect aussi est fondé sur la notion de dignité et d'intégrité de la personne. Comme l'affirme le groupe d'étude (à la p. 13): «Cette conception de la vie privée découle du postulat selon lequel l'information de

his own, for him to communicate or retain for himself as he sees fit." In modern society, especially, retention of information about oneself is extremely important. We may, for one reason or another, wish or be compelled to reveal such information, but situations abound where the reasonable expectations of the individual that the information shall remain confidential to the persons to whom, and restricted to the purposes for which it is divulged, must be protected. Governments at all levels have in recent years recognized this and have devised rules and regulations to restrict the uses of information collected by them to those for which it was obtained; see, for example, the *Privacy Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111. [Emphasis added.]

caractère personnel est propre à l'intéressé, qui est libre de la communiquer ou de la taire comme il l'entend.» Dans la société contemporaine tout spécialement, la conservation de renseignements à notre sujet revêt une importance accrue. Il peut arriver, pour une raison ou pour une autre, que nous voulions divulguer ces renseignements ou que nous soyons forcés de le faire, mais les cas abondent où on se doit de protéger les attentes raisonnables de l'individu que ces renseignements seront gardés confidentiellement par ceux à qui ils sont divulgués, et qu'ils ne seront utilisés que pour les fins pour lesquelles ils ont été divulgués. Tous les paliers de gouvernement ont, ces dernières années, reconnu cela et ont conçu des règles et des règlements en vue de restreindre l'utilisation des données qu'ils recueillent à celle pour laquelle ils le font; voir, par exemple, la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111. [Je souligne.]

Given the conclusion that the police seized the blood and urine samples from the appellant, does the police seizure violate s. 8 of the *Charter*? In my opinion, it is readily apparent that the actions of the police violated the right of the appellant to be secure against unreasonable seizures. As earlier discussed, this Court has outlined the extent of s. 8 protection in *Hunter* and the privacy rights inherent in samples of one's own bodily fluids in *Dyment*. I can see no basis for holding that, at least in relation to the use of evidence for criminal law purposes, the reasonable expectation of privacy in one's own bodily fluids guaranteed by s. 8 of the *Charter* is diminished merely because a coroner chooses to exercise his or her power to seize evidence under s. 16(2) of the *Coroners Act*. As such, the intervention by the coroner does not alter the fact that the police must comply with the *Hunter* requirement of prior judicial authorization before seizing a bodily fluid sample which was initially taken from an impaired driving suspect for medical purposes.

Vu la conclusion que la police a saisi les échantillons de sang et d'urine de l'appelant, cette saisie viole-t-elle l'art. 8 de la *Charte*? À mon avis, il est bien évident que les actes de la police ont porté atteinte au droit de l'appelant à la protection contre les saisies abusives. Comme nous l'avons déjà vu, notre Cour a exposé dans l'arrêt *Hunter* la portée de la protection accordée par l'art. 8 et, dans l'arrêt *Dyment*, elle a traité des droits en matière de vie privée qui son inhérents aux échantillons de liquides organiques d'une personne. Rien ne justifie, à mon sens, la conclusion que, du moins pour ce qui est de l'utilisation d'éléments de preuve en droit criminel, l'attente raisonnable en matière de vie privée relativement à ses propres liquides organiques, garantie par l'art. 8 de la *Charte*, est amoindrie du simple fait qu'un coroner décide d'exercer le pouvoir de saisir des éléments de preuve que lui confère le par. 16(2) de la *Loi sur les coroners*. Cela étant, l'intervention du coroner ne change rien à l'obligation des policiers d'obtenir, conformément à l'arrêt *Hunter*, une autorisation judiciaire avant de saisir un échantillon d'un liquide organique initialement prélevé à des fins médicales d'une personne soupçonnée de conduite avec facultés affaiblies.

In this case, the police obtained no such warrant prior to seizing the blood and urine samples. The note written by the coroner to obtain the release of the samples from the hospital staff is wholly insuf-

En l'espèce, la police n'a pas obtenu de tel mandat avant de saisir les échantillons de sang et d'urine. La note rédigée par le coroner pour se faire remettre les échantillons par le personnel de

ficient under *Hunter*, since the coroner is not an independent judicial officer and the standard with which the coroner must comply is only the good faith belief that the evidence is necessary for the purposes of his or her non-criminal investigation. So far as the subpoena obtained to bring the analyst to trial is concerned, it is inadequate, whatever might otherwise be the case, because it was not obtained until after the seizure by the police occurred. The evidence obtained by means of the subpoena was the fruit of the invalid procedure.

In the result, I would conclude that the actions of the police officers amount to a warrantless seizure of bodily fluids for use in a criminal prosecution and so violate the guarantee against unreasonable search and seizure in s. 8 of the *Charter*.

Did the Actions of the Police Make the Coroner's Seizure Unreasonable?

As earlier mentioned, there is another way to establish an unreasonable seizure by the state in the present circumstances. Assuming once again that s. 16(2) of the *Coroners Act* is constitutionally valid, the confiscation of evidence by the coroner in furtherance of his or her investigation is certainly a "seizure" within the meaning of s. 8 of the *Charter*. But it must be kept in mind that a coroner is also a state actor, albeit one who is intended to be separated from the criminal law enforcement arm of the state. If the coroner's power to seize under s. 16(2) of the *Coroners Act* is constitutionally valid, it must be on the basis that the coroner's seizure is "reasonable". The arguments advanced by the Crown seeking to establish the reasonableness of warrantless seizures by a coroner rely on the underlying premise that the coroner fulfils an essential non-criminal role. The state cannot, however, have it both ways; it cannot be argued that the coroner's seizure is reasonable because it is independent of the criminal law enforcement arm of the state while the state is at the same time attempting to introduce into criminal proceedings the very evidence seized by the coroner. It follows logically, in my opinion, that a seizure by a coroner

l'hôpital ne répond aucunement à l'exigence posée dans l'arrêt *Hunter* puisque le coroner n'a pas qualité d'officier de justice indépendant et qu'il suffit qu'il croie en toute bonne foi avoir besoin de l'élément de preuve en question pour mener à bien son investigation qui n'est pas de nature criminelle. Pour ce qui est de l'assignation à comparaître de l'analyste, quoi qu'il en soi par ailleurs, elle est inappropriée parce qu'elle n'a été obtenue qu'après la saisie effectuée par la police. La preuve ainsi recueillie devait donc son existence à cette procédure non valide.

En définitive, je conclus que les actes des policiers équivalent à une saisie sans mandat de liquides organiques en vue de leur utilisation dans le cadre d'une poursuite criminelle et violent en conséquence la garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives énoncée à l'art. 8 de la *Charte*.

La saisie effectuée par le coroner est-elle abusive compte tenu des actes de la police?

Comme je l'ai déjà mentionné, il existe une autre façon d'établir qu'il y a eu saisie abusive par l'État dans les circonstances de l'espèce. Tenant une fois de plus pour acquise la constitutionnalité du par. 16(2) de la *Loi sur les coroners*, la confiscation d'éléments de preuve par le coroner dans le cadre de son investigation constitue assurément une «saisie» au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Il faut toutefois se rappeler que le coroner est lui aussi un fonctionnaire de l'État, même s'il est censé être indépendant de la branche de l'État chargée de l'application du droit criminel. Or, pour que le pouvoir de saisie que confère au coroner le par. 16(2) de la *Loi sur les coroners* soit constitutionnel, il faut que la saisie ait un caractère «non abusif». Les arguments avancés par le ministère public pour établir le caractère non abusif de saisies sans mandat effectuées par un coroner reposent sur la prémisse sous-jacente selon laquelle le coroner remplit une fonction essentielle de nature non pénale. L'État ne peut cependant gagner sur les deux tableaux; il ne saurait prétendre que la saisie par le coroner est non abusive du fait que celui-ci agissait indépendamment de la branche de l'État chargée de l'application du droit criminel et en

ner will only be reasonable while the evidence is used for the purpose for which it was seized, namely, for determining whether an inquest into the death of the individual is warranted. Once the evidence has been appropriated by the criminal law enforcement arm of the state for use in criminal proceedings, there is no foundation on which to argue that the coroner's seizure continues to be reasonable.

In considering this position, it must be understood that the protection against unreasonable seizure is not addressed to the mere fact of taking. Indeed, in many cases, this is the lesser evil. Protection aimed solely at the physical act of taking would undoubtedly protect things, but would play a limited role in protecting the privacy of the individual which is what s. 8 is aimed at, and that provision, *Hunter* tells us, must be liberally and purposively interpreted to accomplish that end. The matter seized thus remains under the protective mantle of s. 8 so long as the seizure continues.

Consequently, so long as the evidence (or the information derived from the evidence) is in the possession of the state (i.e., the coroner or the criminal law enforcement branch), the following would hold true: (1) while the evidence is being used by the coroner for valid non-criminal purposes within the scope of the *Coroners Act*, the seizure is reasonable and not caught by s. 8 of the *Charter*; and (2) when the evidence, or the information derived from the evidence, is appropriated by the criminal law enforcement arm of the state for use against the person from whom it was seized, the seizure will become unreasonable and will run afoul of s. 8 of the *Charter*. In other words, the criminal law enforcement arm of the state cannot rely on the seizure by the coroner to circumvent the guarantees of *Hunter*, *supra*, as any

même temps chercher à produire dans une poursuite criminelle la preuve même qu'a saisie le coroner. D'où il s'ensuit logiquement, à mon avis, que la saisie opérée par un coroner est non abusive dans la seule mesure où la preuve sert aux fins pour lesquelles elle a été saisie, soit pour décider s'il y a lieu de tenir une enquête sur la mort d'une personne. Du moment que la branche de l'État chargée de l'application du droit criminel s'approprie la preuve en question pour l'utiliser dans le cadre d'une poursuite criminelle, on est mal fondé à soutenir que la saisie effectuée par le coroner conserve son caractère non abusif.

Dans l'analyse de cette question, il faut comprendre que la protection contre les saisies abusives ne vise pas que le simple fait de prendre quelque chose. En fait, cet acte constitue dans bien des cas le moindre mal. La protection qui porte uniquement sur l'acte physique consistant à prendre protégerait certainement les choses, mais ne jouerait qu'un rôle limité dans la protection de la vie privée des particuliers, ce qui est l'objet de l'art. 8, qui, d'après l'arrêt *Hunter*, doit s'interpréter libéralement et en fonction de son objet de manière à ce qu'il soit atteint. La chose saisie continue donc à bénéficier de la protection de l'art. 8 tant que dure la saisie.

Par conséquent, aussi longtemps que la preuve (ou l'information qui en dérive) demeure en la possession de l'État (c.-à-d. du coroner ou de la branche chargée de l'application du droit criminel), la situation est la suivante: (1) pendant que le coroner se sert de la preuve à des fins valables ne relevant pas du droit criminel en conformité avec la *Loi sur les coroners*, la saisie n'est pas abusive et ne va pas à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte*; (2) lorsque la branche de l'État chargée de l'application du droit criminel s'approprie cette preuve ou l'information qui en dérive pour l'utiliser contre la personne qui la détenait au moment de la saisie, celle-ci devient abusive et constitue une violation de l'art. 8 de la *Charte*. En d'autres termes, la branche de l'État chargée de l'application du droit criminel ne saurait invoquer la saisie par le coroner pour contourner les garanties énoncées dans l'arrêt *Hunter*, précité, car toute saisie effectuée par le

seizure by the coroner pursuant to s. 16(2) is valid for non-criminal purposes only.

The Real Nature of the Investigative Procedures in this Case

Whichever of the foregoing approaches is taken, one arrives at the same conclusion: the seizure of the appellant's blood sample was unreasonable. It seems clear that what is involved in the circumstances of this case is a too convenient way of getting around the requirements set forth in *Hunter* and in *Dyment* for seizing property for purposes of law enforcement. What occurs is that property is seized by one state agent for a purpose for which the prerequisites for search may not be as demanding, and another state agent, one forming part of the law enforcement apparatus of the state, is permitted to claim the fruits of the search (the resulting information) for use for law enforcement purposes without regard to the rightly stringent prerequisites of searches for those purposes. That is the real nature of the procedures in this case. Upholding them, as the Court of Appeal did, requires incorrectly stressing the element of interference with property by a search, rather than what is really intended to be protected by s. 8 of the *Charter*, the right to individual privacy against governmental encroachment. The court's approach is a far cry from the statement of Dickson J. (as he then was) in *Hunter*, at p. 155, that the function of the *Charter* "is to provide . . . for the unremitting protection of individual rights and liberties", and specifically, of course, the right to privacy protected by s. 8, the right in issue in that case. That right, as has been frequently reiterated, must be liberally interpreted and defended by a purposive interpretation of s. 8. As noted in *Dyment*, at p. 426: "Its spirit must not be constrained by narrow legalistic classifications . . . ."

The decision of the Court of Appeal flies in the face of this admonition, and law enforcement offi-

coroner en vertu du par. 16(2) n'est valable qu'à des fins non pénales.

La véritable nature des procédures d'enquête en l'espèce

Peu importe laquelle des démarches exposées ci-dessus l'on adopte, la conclusion est la même: la saisie de l'échantillon de sang de l'appelant était abusive. Il paraît évident qu'il s'agit en l'espèce d'une façon trop commode de contourner les exigences posées dans les arrêts *Hunter* et *Dyment* relativement à la saisie de biens aux fins de l'application de la loi. Un bien est saisi par un mandataire de l'État pour une fin relativement à laquelle les exigences en matière de fouille et de perquisition sont peut-être moins sévères; on permet ensuite à un autre mandataire de l'État, qui, lui, fait partie de la branche de l'État responsable de l'application de la loi, de s'emparer des fruits (les renseignements obtenus) de la fouille ou de la perquisition en vue de leur utilisation aux fins de l'application de la loi, et ce, sans égard aux conditions préalables légitimement sévères à remplir dans le cas de fouilles ou de perquisitions à ces fins. Voilà la véritable nature des procédures en l'espèce. Or, pour les déclarer valables, comme l'a fait la Cour d'appel, il faut, à tort, mettre l'accent sur l'atteinte au droit de propriété qu'entraîne une fouille ou une perquisition plutôt que sur ce que protège véritablement l'art. 8 de la *Charte*, à savoir le droit du particulier à la protection de sa vie privée contre les atteintes gouvernementales. La position de la cour est très éloignée de l'affirmation du juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Hunter*, à la p. 155, selon laquelle la *Charte* vise à assurer «la protection constante des droits et libertés individuels» et en particulier, bien entendu, du droit à la vie privée que garantit l'art. 8, droit qui était en cause dans cette affaire. C'est un droit, on l'a souvent répété, qui doit s'interpréter libéralement et être défendu au moyen d'une interprétation de l'art. 8 fondée sur l'objet. Comme on le signale dans l'arrêt *Dyment*, à la p. 426: «Son esprit ne doit pas être restreint par des classifications formalistes étroites . . .».

L'arrêt de la Cour d'appel heurte ce précepte et les responsables de l'application de la loi y voient

cials are already looking at that decision as providing an easy passage around the constitutional requirements for searches for purposes of criminal investigation. The following comment by a counsel for the Attorney General for Ontario (see Michal Fairburn, "Case Comment: *R. v. Colarusso*" (1992), 4 *J.M.V.L.* 34, at p. 34) attests to this:

> In *R. v. Dyment*, the Supreme Court of Canada made it clear that a warrantless seizure of bodily substances represents a serious breach of one's section 8 *Charter* rights and such a breach cannot be easily justified under section 24 of the *Charter*. Subsequent to this decision, any blood or urine seized by the police in the course of a criminal investigation, without obtaining pre-authorization, would appear to be inadmissible at trial. The *Colarusso* decision introduces an interesting caveat to the *Dyment* rule. The facts in *Colarusso* represent a new way in which to get otherwise inadmissible evidence relating to bodily substances in through the back door: the coroner's right of seizure.

This quotation captures the essence of the Court of Appeal's decision. As discussed, the effect of its analysis is that the privacy rights of an accused in his or her own bodily fluids are effectively circumvented by the intervention of a coroner who exercises his or her seizure powers under s. 16(2). Such a result is inconsistent with the purposive approach this Court has consistently adopted in dealing with the privacy rights guaranteed by s. 8 of the *Charter*, and cannot be countenanced. Basic constitutional principles governing the relations between the state and the individual must not be allowed to be displaced by such transparent devices.

Constitutionality of Section 16(2) of the Coroners Act Under the Charter

To this point, I have assumed the constitutionality of s. 16(2) of the *Coroners Act*. I now turn to a consideration of the constitutional issues arising from that provision, beginning with the concerns arising under s. 8 of the *Charter*. The obvious concern that arises from the quotation last cited is that, in a fact situation such as existed here, the criminal

déjà un moyen facile de contourner les exigences constitutionnelles auxquelles sont assujetties les fouilles et les perquisitions aux fins d'une enquête criminelle. Les observations suivantes faites par un avocat du procureur général de l'Ontario (voir Michal Fairburn, «Case Comment: *R. v. Colarusso*» (1992), 4 *J.M.V.L.* 34, à la p. 34), en font foi:

> [TRADUCTION] Dans l'arrêt *R. c. Dyment*, la Cour suprême du Canada a bien précisé que la saisie sans mandat de substances organiques représente une atteinte grave aux droits garantis par l'art. 8 de la *Charte*, atteinte difficilement justifiable aux termes de l'art. 24 de la *Charte*. Par suite de cet arrêt, tout échantillon de sang ou d'urine saisi par la police sans autorisation préalable dans le cadre d'une enquête criminelle semble inadmissible au procès. L'arrêt *Colarusso* vient cependant établir une exception intéressante à la règle énoncée dans l'arrêt *Dyment*. Les faits de l'affaire *Colarusso* présentent une nouvelle façon de produire par un moyen détourné — à savoir le droit de saisie du coroner — une preuve par ailleurs inadmissible relative aux substances organiques.

Cette citation exprime la substance de l'arrêt de la Cour d'appel. Ainsi que je l'ai déjà indiqué, l'analyse de la Cour d'appel a pour effet de permettre que le droit de l'accusé au respect de sa vie privée en ce qui concerne ses propres liquides organiques soit dans les faits contourné par l'intervention d'un coroner qui exerce ses pouvoirs de saisie en vertu du par. 16(2). Pareil résultat est incompatible avec l'analyse fondée sur l'objet qu'a systématiquement adoptée notre Cour relativement au droit à la vie privée garanti par l'art. 8 de la *Charte* et ne saurait être admis. On ne doit pas permettre que soient compromis par des artifices si manifestes les principes constitutionnels fondamentaux présidant aux rapports entre l'État et les particuliers.

La constitutionnalité du par. 16(2) de la Loi sur les coroners

Jusqu'ici j'ai tenu pour acquis la constitutionnalité du par. 16(2) de la *Loi sur les coroners*. J'en viens maintenant à l'étude des questions constitutionnelles qui se posent relativement à cette disposition. Commençons donc par les préoccupations qui découlent de l'art. 8 de la *Charte*. La préoccupation évidente que fait naître la dernière citation

law enforcement arm of the state is appropriating the bodily fluids to incriminate the accused through the "back door" without complying with the requirements of prior authorization outlined in *Hunter, supra.* In *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, I alluded to the fact that the *Hunter* criteria may be more flexible in non-criminal situations. Citing this authority, the respondents have argued that the search and seizure power conferred on the coroner in s. 16(2) of the *Coroners Act* is justifiable because the coroner's investigation is undertaken for non-criminal purposes.

Having regard to the fact that a coroner's inquest fulfils an important non-criminal function, and some measure of investigatory powers is necessary to enable a coroner to fulfil his or her duties adequately, I am prepared to accept that a lower standard than the *Hunter* requirement of prior judicial authorization may be acceptable for seizures undertaken by a coroner for valid purposes. At the same time, however, the right of an accused to be free from unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter* should not be forfeited merely because a coroner chooses to exercise his or her discretion to seize bodily fluids obtained from the accused for the purpose of investigating whether an inquest is necessary. In other words, I do not believe that the criminal law enforcement arm of the state should be able to "piggy-back" the coroner's investigation and appropriate evidence obtained by a coroner under s. 16 of the *Coroners Act.* While a coroner may be able to seize evidence without prior judicial authorization, the criminal law enforcement arm of the state must continue to

tient à ce que, dans des circonstances comme celles qui se présentent en l'espèce, la branche de l'État chargée de l'application du droit criminel s'approprie les liquides organiques afin d'incriminer l'accusé par un «moyen détourné», sans se conformer à l'exigence de l'autorisation préalable posée dans l'arrêt *Hunter*, précité. Dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, j'ai indiqué que les critères énoncés dans l'arrêt *Hunter* peuvent être plus souples dans un contexte non criminel. Citant cette opinion, l'intimée a fait valoir que le pouvoir de procéder à des fouilles, des perquisitions et des saisies que confère au coroner le par. 16(2) de la *Loi sur les coroners* peut se justifier parce que l'investigation du coroner vise un but qui ne relève pas du droit criminel.

Compte tenu du fait qu'une enquête du coroner remplit une fonction importante ne relevant pas du droit criminel et que le coroner doit nécessairement être investi de certains pouvoirs d'enquête afin qu'il puisse s'acquitter adéquatement de sa charge, je suis prêt à admettre qu'une norme moins sévère que celle de l'autorisation judiciaire préalable prescrite dans l'arrêt *Hunter* puisse être acceptable pour les saisies effectuées par un coroner à des fins légitimes. En même temps, cependant, un accusé ne devrait pas se voir privé du droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte* du simple fait que le coroner décide d'exercer son pouvoir discrétionnaire en saisissant, dans le cadre de son investigation en vue de déterminer si la tenue d'une enquête s'impose, des liquides organiques provenant de l'accusé. Autrement dit, je ne crois pas que la branche de l'État chargée de l'application du droit criminel devrait pouvoir se servir de l'investigation du coroner pour s'approprier des éléments de preuve recueillis par ce dernier en vertu de l'art. 16 de la *Loi sur les coroners.* Bien que le coroner ait le pouvoir de saisir des éléments de preuve sans autorisation judiciaire préalable, la branche de l'État chargée de l'application du droit criminel doit, quant à elle, continuer à satisfaire,

comply with the *Hunter* requirements throughout its investigation.

In order for the s. 8 rights of an accused to be fully protected in a situation similar to the one in this case, the legislative scheme empowering a coroner to seize evidence for the purpose of his or her investigation must be carefully designed to incorporate procedural safeguards to prevent the state from circumventing the *Hunter* requirements through the coroner's actions. The investigation of the coroner must remain separate from any police investigation, and the legislative scheme must prevent the type of interaction between the coroner and the state that existed in the present case. The concerns about complicity between the state and medical personnel expressed in *Dyment*, *supra*, are equally applicable to coroners and the criminal law enforcement arm of the state. The rights of individuals in their own bodily fluids must be carefully protected under s. 8 of the *Charter*. Where the courts determine that an individual's privacy rights in his or her own bodily fluids may be abridged in a particular non-criminal context for important policy reasons, such as those served by the coroner's inquest, the courts must be especially vigilant to ensure that the evidence is used for the designated purpose only. To permit such evidence to be appropriated by the state and thereby circumvent the *Hunter* requirement of prior authorization would be to limit unduly the privacy rights guaranteed by s. 8 of the *Charter*. In keeping with the purposive approach applied by this Court in past s. 8 jurisprudence, it is essential to ensure that the coroner's investigative powers are tempered in such a way as to ensure that the information derived by a coroner's investigation will not be used to circumvent the procedural requirements outlined in *Hunter* and thereby unfairly incriminate the appellant.

On reviewing the various subsections of s. 16 of the *Coroners Act*, I am particularly concerned about the potential for improper complicity

tout au cours de sa propre enquête, aux exigences posées dans l'arrêt *Hunter*.

Pour que soient pleinement protégés dans une situation analogue à celle qui se présente en l'espèce les droits dont jouit un accusé aux termes de l'art. 8, il faut que le régime législatif habilitant le coroner à saisir des éléments de preuve aux fins de son investigation soit soigneusement conçu de manière à englober des garanties procédurales destinées à empêcher l'État de contourner par le biais des actes du coroner les exigences posées dans l'arrêt *Hunter*. L'investigation du coroner doit rester distincte de toute enquête policière et le régime législatif doit empêcher le type d'interaction entre le coroner et l'État que l'on a pu constater en l'espèce. Les préoccupations relatives à la collusion entre l'État et le personnel médical exprimées dans l'arrêt *Dyment*, précité, jouent tout autant à l'égard des coroners et de la branche de l'État chargée de l'application du droit criminel. Les droits qu'ont les particuliers sur leurs propres liquides organiques doivent être soigneusement protégés en vertu de l'art. 8 de la *Charte*. Lorsqu'ils décident, dans un contexte donné qui ne relève pas du droit criminel, qu'il est permis, pour d'importants motifs d'ordre public comme ceux qui entrent en jeu dans le cas de l'enquête du coroner, de limiter ces droits, les tribunaux doivent veiller particulièrement à ce que la preuve recueillie ne serve qu'aux fins prévues. Permettre l'appropriation de cette preuve par l'État de manière à ce que soit contournée l'exigence de l'autorisation préalable posée dans l'arrêt *Hunter* reviendrait à restreindre indûment les droits relatifs à la vie privée garantis par l'art. 8 de la *Charte*. En conformité avec l'interprétation fondée sur l'objet qu'a adoptée notre Cour dans ses précédents arrêts portant sur l'art. 8, il faut absolument s'assurer que les pouvoirs d'investigation du coroner soient tempérés de façon à ce que l'information recueillie dans le cadre de son investigation ne serve pas à contourner les exigences procédurales exposées dans l'arrêt *Hunter*, ni, partant, à incriminer injustement l'appelant.

En examinant les différents paragraphes de l'art. 16 de la *Loi sur les coroners*, je m'inquiète particulièrement de la possibilité de collusion irrégu-

between the police and the coroner. One has only to look to the facts of this case to see how the lack of procedural guidelines in the Act fails to protect adequately the privacy rights of an individual who consents to giving a blood sample for medical purposes only. It is sufficient to say that this Court will not tolerate using the coroner's right of seizure as a "back door" means of defeating the spirit of *Dyment* when it comes to protecting the privacy rights of an accused in his or her own bodily samples.

Since I have already found that the procedures adopted by the state in the present case violated s. 8 of the *Charter*, it is unnecessary for the purposes of disposing of this appeal to determine whether the failure of s. 16(2) of the *Coroners Act* to incorporate procedural safeguards violates that provision. Moreover, I believe it would be unwise to enter fully into the issue because, as I will presently indicate, s. 16(2) is inextricably linked with other subsections of s. 16. The relationship between these provisions was not at issue in this case, and the Crown has had no opportunity to respond to many of the points that I will address in the ensuing paragraphs.

Division of Powers Concerns

The appellant did not confine his attack to *Charter* arguments, but also raised questions relating to the constitutional powers of the province relating to s. 16(2) of the *Coroners Act* under the *Constitution Act, 1867*. As in the case of the validity of that provision under the *Charter*, I do not have to deal with these issues given my conclusion that, even assuming the validity of s. 16(2), an unreasonable seizure occurred. I think it right, however, to outline briefly a number of concerns I have about the investigative powers given to coroners under the *Coroners Act* with a view to providing some guidance.

The primary purpose of the coroner's inquest is to demonstrate that the state acknowledges the

lière entre la police et le coroner. On n'a qu'à regarder les faits de la présente affaire pour se rendre compte comment l'absence de directives en matière de procédures dans la Loi entraîne une protection inadéquate du droit à la vie privée du particulier qui consent à une prise de sang à des fins purement médicales. Qu'il suffise de signaler à ce propos que notre Cour ne souffrira pas que le droit de saisie du coroner serve de «moyen détourné» de violer l'esprit de l'arrêt *Dyment* en ce qui concerne la protection du droit de l'accusé au respect de sa vie privée relativement aux échantillons de ses propres substances organiques.

Comme j'ai déjà conclu que les procédures suivies par l'État en l'espèce violaient l'art. 8 de la *Charte*, point n'est besoin, pour trancher le présent pourvoi, de déterminer si le par. 16(2) de la *Loi sur les coroners*, du fait qu'il ne contient pas de garanties procédurales, va également à l'encontre de cet article. Je tiens d'ailleurs pour peu judicieux d'entreprendre un examen approfondi de la question parce que, comme je l'indiquerai ci-après, le par. 16(2) est inextricablement lié aux autres paragraphes de l'art. 16. Le rapport entre ces différentes dispositions n'est pas en cause en l'espèce et le ministère public n'a pas eu l'occasion de répondre à un bon nombre des points que j'aborderai dans les paragraphes suivants.

Préoccupations liées au partage des pouvoirs

L'appelant n'a pas fondé sa contestation sur la *Charte*, mais il a aussi soulevé des questions concernant les pouvoirs conférés à la province par la *Loi constitutionnelle de 1867* qui se rapportent au par. 16(2) de la *Loi sur les coroners*. Or, ces questions, pas plus que celle de la conformité du par. 16(2) avec la *Charte*, n'ont pas à être tranchées en l'espèce vu ma conclusion que, même à supposer que cette disposition soit constitutionnelle, il y a eu saisie abusive. Il convient toutefois, selon moi, d'exposer brièvement, pour la gouverne des intéressés, certaines préoccupations que j'ai concernant les pouvoirs d'investigation dont la *Loi sur les coroners* investit les coroners.

L'enquête du coroner sert d'abord et avant tout à démontrer que l'État reconnaît l'importance de

importance of each human life by requiring a determination of how each deceased individual died and, in appropriate circumstances, by directing a public investigation to consider how such fatalities may be avoided in the future. By preserving the essential dignity of human life, the coroner is obviously fulfilling an important societal function. The mandate of the modern coroner in Ontario is not to determine if any specific crime has been committed; in fact, s. 31(2) of the Ontario *Coroners Act* precludes any finding of legal responsibility during an inquest. It is apparent that coroners' inquests in Ontario today fulfil a role much different from that of their predecessors in the last century when the coroner acted as another criminal law enforcement arm of the state; see Christopher Granger, *Canadian Coroner Law* (1984), and T. David Marshall, *Canadian Law of Inquests* (2nd ed. 1991), for discussions of the development of the modern system of coroners.

Recognizing the development of the role played by the modern coroner, this Court has previously affirmed that the establishment of the office of coroner and legislation governing the conduct of inquests is within the legislative authority of the provinces; see *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9; *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366. In these cases, the Court determined that investigation of whether a specific crime was committed is not the primary purpose of a coroner's inquest. Consequently, it appears to be settled that provincial legislation governing the conduct of inquests does not generally constitute an improper intrusion into the criminal law sphere reserved to Parliament.

The fact that this Court has affirmed that the provinces have the power to legislate with respect to inquests does not, however, necessarily lead to the further conclusion that all the investigative powers granted to coroners are within the legislative competence of the provinces. Whereas an inquest is only held in the absence of any criminal charges, the coroner's investigation may overlap with an existing police investigation after charges

chaque vie humaine en exigeant que soit déterminée la cause de la mort de chaque personne et, le cas échéant, en ordonnant la tenue d'une enquête publique pour examiner comment éviter à l'avenir des décès de ce genre. En sauvegardant la dignité essentielle de la vie humaine, le coroner remplit visiblement une fonction sociétale importante. Aujourd'hui, la tâche du coroner en Ontario ne consiste pas à vérifier si un crime particulier a été commis; de fait, le par. 31(2) de la *Loi sur les coroners* de l'Ontario exclut toute déclaration de responsabilité civile ou criminelle légale lors d'une enquête. De toute évidence, les enquêtes du coroner en Ontario jouent à l'heure actuelle un rôle bien différent de celui qui leur était propre au siècle dernier puisque le coroner agissait alors comme un autre élément de la branche de l'État chargée de l'application du droit criminel; voir Christopher Granger, *Canadian Coroner Law* (1984), et T. David Marshall, *Canadian Law of Inquests* (2e éd. 1991), pour des analyses de l'évolution du système moderne des coroners.

Consciente de l'évolution qu'a connue le rôle du coroner moderne, notre Cour a déjà affirmé que la création de la fonction de coroner ainsi que la loi régissant la tenue des enquêtes relèvent toutes les deux de la compétence législative des provinces; voir *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9, et *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366. Dans ces arrêts, notre Cour a décidé qu'une enquête du coroner n'a pas pour but premier de déterminer si un crime particulier a été commis. Par conséquent, il semble être établi qu'une loi provinciale régissant la tenue de ces enquêtes ne constitue pas en règle générale un empiétement illégitime sur le domaine du droit criminel réservé au législateur fédéral.

Toutefois, ce n'est pas parce que notre Cour a dit que les provinces détiennent le pouvoir de légiférer relativement aux enquêtes du coroner qu'il s'ensuit nécessairement que tous les pouvoirs d'investigation conférés aux coroners relèvent de la compétence législative des provinces. Tandis que l'enquête du coroner ne se tient qu'en l'absence d'accusations criminelles, l'investigation peut chevaucher sur une enquête policière déjà en cours

have been laid or where charges may be pending. Consequently, the potential for unacceptable infringement on the federal criminal law power is greater at the investigative stage than during the inquest itself. Several subsections of s. 16 give rise to concerns in this regard. I set forth here only those that relate directly to the exercise by the police of the investigative powers given the coroner by s. 16(2), the provision directly challenged here, namely, s. 16(4) and (5):

16. . . .

(4) A coroner may, where in his opinion it is necessary for the purposes of the investigation, authorize a legally qualified medical practitioner or a police officer to exercise all or any of his powers under clauses (2) (a), (b) and (c) but, where such power is conditional on the belief of the coroner, the requisite belief shall be that of the coroner personally.

(5) Where a coroner seizes anything under clause (2) (c), he shall place it in the custody of a police officer for safekeeping and shall return it to the person from whom it was seized as soon as is practicable after the conclusion of the investigation or, where there is an inquest, of the inquest, unless he is authorized or required by law to dispose of it otherwise.

The most troublesome element of the investigative powers in s. 16 of the *Coroners Act* is that, beyond providing the potential for complicity between a coroner and the police in a situation where criminal charges may be laid, s. 16(5) actually requires complicity. Under s. 16(5), a coroner who seizes any evidence in furtherance of his or her investigation is compelled, in the absence of legislation to the contrary, to place the evidence in the custody of a police officer for safekeeping. In many situations, this evidence may ultimately incriminate a defendant. As such, the coroner is assisting the police investigation into a potential crime by gathering the evidence and placing it into police custody. Often, the police will be in a better situation where the coroner seizes evidence because the coroner's power of search and seizure is restricted only by the pre-requisite that the coro-

après que des accusations ont été portées ou dans des cas où elles ne l'ont pas encore été. Cela étant, le risque d'un empiétement inacceptable sur le pouvoir fédéral en matière de droit criminel s'avère plus grand au stade de l'investigation que pendant l'enquête du coroner elle-même. Plusieurs paragraphes de l'art. 16 suscitent des préoccupations à cet égard. Je me contente de reproduire ici ceux d'entre eux qui se rapportent immédiatement à l'exercice par la police des pouvoirs d'investigation conférés au coroner par le par. 16(2), qui est la disposition directement contestée en l'espèce. Il s'agit des par. 16(4) et (5):

16 . . .

(4) S'il l'estime nécessaire aux fins de son investigation, le coroner peut autoriser un médecin dûment qualifié ou un agent de police à exercer une partie ou la totalité des pouvoirs que lui confèrent les alinéas 2 a), b) et c). Cependant, si l'exercice de ce ou ces pouvoirs dépend de ce que croit le coroner, son opinion personnelle est exigée.

(5) Si le coroner saisit une chose en vertu de l'alinéa (2) c), il la remet entre les mains d'un agent de police pour qu'il la garde en lieu sûr et la rend à la personne qui la détenait au moment où elle a été saisie aussitôt que possible après la fin de l'investigation ou, s'il y a enquête, aussitôt que possible après la fin de l'enquête à moins que la loi ne l'autorise ou ne l'oblige à en disposer d'une autre façon.

Le plus inquiétant dans les pouvoirs d'investigation prévus à l'art. 16 de la *Loi sur les coroners* est que, non seulement le par. 16(5) crée la possibilité de collusion entre le coroner et la police dans une situation où des accusations criminelles pourront être portées, mais il exige même cette collusion. Aux termes du par. 16(5), le coroner qui saisit une preuve quelconque dans le cadre de son investigation est tenu, en l'absence d'une disposition législative contraire, de remettre cette preuve entre les mains d'un agent de police pour qu'il la garde en lieu sûr. Or, il s'agit là d'une preuve qui pourra dans bien des cas servir en dernière analyse à incriminer le défendeur. Le coroner se trouve donc à prêter son concours à l'enquête policière sur un crime éventuel en recueillant la preuve et en la remettant entre les mains de la police. Souvent, la police sera en meilleure position lorsque c'est le

ner believes on reasonable and probable grounds that such action is necessary for the purpose of his or her investigation, whereas a police officer must generally comply with the prior authorization requirements of *Hunter*, *supra*, which can only be met if an independent arbiter is satisfied on reasonable and probable grounds that an offence has been committed and that a search may afford evidence of that offence. In effect, the coroner can easily find himself or herself in the position of assisting the criminal investigation merely by complying with the mandatory elements of s. 16(5) of the *Coroners Act*.

coroner qui saisit la preuve, parce que le pouvoir qu'a le coroner de fouiller, de perquisitionner et de saisir est soumis à la seule condition qu'il ait des motifs raisonnables et probables de croire que cette mesure s'impose aux fins de son investigation. Un policier, par contre, est généralement tenu d'obtenir une autorisation préalable conformément aux exigences posées dans l'arrêt *Hunter*, précité, lesquelles ne sont remplies que si un arbitre indépendant est convaincu, selon des motifs raisonnables et probables, qu'une infraction a été commise et qu'une fouille ou perquisition peut permettre d'en faire la preuve. En fait, le coroner peut facilement se trouver à prêter son concours à l'enquête criminelle du seul fait qu'il observe les prescriptions du par. 16(5) de la *Loi sur les coroners*.

This cannot be allowed. We permit the coroner to seize without complying with the *Hunter* standards because he or she does so for a purpose that is unrelated to a criminal investigation. Section 16(5) of the *Coroners Act* cannot be interpreted to permit the coroner to convert this exemption from these standards into an exemption for the police in the conduct of a criminal investigation. The application of s. 16(5) of the *Coroners Act* must be restricted to situations in which it can clearly be determined that the police officers are acting merely as the agents of the coroner. While this may severely restrict its scope, any other interpretation would imperil its constitutional validity.

Cela est inadmissible. Nous permettons au coroner d'effectuer une saisie sans se conformer aux normes de l'arrêt *Hunter* parce qu'il le fait pour un motif qui n'a rien à voir avec une enquête criminelle. On ne saurait interpréter le par. 16(5) de la *Loi sur les coroners* comme permettant au coroner de transformer cette dérogation à l'obligation de se conformer à ces normes en une dérogation accordée à la police dans la poursuite d'une enquête criminelle. L'application du par. 16(5) de la *Loi sur les coroners* doit se limiter aux situations où l'on peut clairement déterminer que les policiers n'agissent qu'à titre de mandataires du coroner. La portée du paragraphe peut en être ainsi considérablement restreinte, mais toute autre interprétation mettrait en péril sa constitutionnalité.

It is not possible to find in this case that the police officers were acting as the agents of the coroner at the material times. The trial judge made no finding in this regard; the issue was not raised before him. But the circumstances here, far from establishing that the police officers were acting merely as agents of the coroner, make it abundantly clear that the police officers did what they did not as agents of the coroner but in furtherance of their criminal investigation. Let me reiterate these:

(1) the appellant had been arrested and charged with impaired driving;

Il est impossible de conclure en l'espèce que les policiers agissaient à titre de mandataires du coroner aux moments en cause. Le juge du procès n'a fait aucune conclusion à ce sujet, la question ne lui ayant pas été soumise. Cependant, loin d'établir que les policiers agissaient uniquement à ce titre, les circonstances qui nous occupent démontrent clairement qu'ils ont agi comme ils l'ont fait non pas à titre de mandataires du coroner mais pour faire avancer leur enquête criminelle. Qu'on me permette de répéter ici ces circonstances:

(1) l'appelant avait été arrêté et accusé de conduite avec facultés affaiblies;

(2) prior to the arrival of the coroner, the police officers had demanded a breath sample;

(3) prior to the arrival of the coroner, a police officer assisted hospital staff to obtain a urine sample;

(4) on his arrival, the coroner was met by the officer who had brought the appellant to the hospital and who had assisted in obtaining the sample;

(5) the same officer escorted the coroner to the lab and introduced him to the lab technician;

(6) the samples were placed in the vault at the police station pending delivery to the Centre for Forensic Sciences;

(7) the police officer prepared a report for the Centre for Forensic Sciences which indicated the tests which were to be performed;

(8) after obtaining the samples of blood and urine, the police made no further attempts to obtain a breath sample.

This is thus not a case in which an independent police officer was called in to take custody of the samples to further the coroner's investigation; the samples were released to the very officer who arrested the accused, thereby necessitating no further investigation by police through the proper channels of criminal procedure. Indeed, the arresting officer completed the paperwork for the Centre for Forensic Sciences and specified the tests to be conducted on the samples seized.

Section 16(4), which provides that a coroner may authorize a police officer or a medical practitioner to exercise all the investigative powers granted to the coroner in s. 16(2), is equally troubling. This provision was evidently enacted to allow a coroner to delegate certain powers in emergency situations where he or she is unable to attend at the scene immediately. Certainly, this provision will

(2) avant l'arrivée du coroner, les policiers avaient demandé un échantillon d'haleine;

(3) avant l'arrivée du coroner, un policier avait aidé le personnel de l'hôpital à obtenir un échantillon d'urine;

(4) à son arrivée, le coroner a été accueilli par le policier qui avait amené l'appelant à l'hôpital et aidé à obtenir l'échantillon;

(5) le même policier a escorté le coroner au laboratoire et l'a présenté à la technicienne;

(6) les échantillons ont été placés dans le coffre-fort du poste de police en attendant qu'ils soient livrés au Centre des sciences judiciaires;

(7) le policier a rédigé pour le Centre des sciences judiciaires un rapport indiquant les analyses devant être effectuées;

(8) suite à l'obtention des échantillons de sang et d'urine, la police n'a pas tenté de nouveau d'obtenir un échantillon d'haleine.

Il ne s'agit donc pas en l'espèce d'un cas ou un policier indépendant s'est vu remettre des échantillons pour les garder en lieu sûr dans le cadre de l'enquête du coroner; les échantillons ont été remis au policier même qui avait arrêté l'accusé, ce qui permettait à la police de ne pas avoir à poursuivre son enquête selon les méthodes habituelles de la procédure criminelle. En fait, le policier qui a effectué l'arrestation a rempli les documents pour le Centre des sciences judiciaires et a précisé les analyses devant être effectuées relativement aux échantillons saisis.

Le paragraphe 16(4), qui dispose que le coroner peut autoriser un policier ou un médecin à exercer la totalité des pouvoirs d'investigation que lui confère le par. 16(2), est tout aussi inquiétant. De toute évidence, cette disposition a été adoptée pour permettre au coroner de déléguer certains pouvoirs dans des situations d'urgence où il se voit dans l'impossibilité de se rendre immédiatement sur les

be of assistance in more remote areas where a coroner may be several hours' drive away from where the evidence is located. Yet, the potential for unacceptable overlap between the coroner's investigation and the criminal investigative sphere is extensive. When a coroner delegates s. 16(2) investigative powers to a police officer, the danger that the distinction between the coroner's investigation and the criminal investigation will be obliterated and the two investigations amalgamated into one is immediately obvious. It would seem difficult, as a practical matter, for the police to act for the coroner completely independently of their criminal investigation while exercising delegated power under s. 16. Whatever the police learn while acting for the coroner will readily become part of a foundation on which to build a case against a defendant. As well, by delegating s. 16(2) powers to the police, a coroner is giving the police investigatory powers beyond that which they normally possess given the reduced procedural requirements with which the investigator must comply under s. 16.

In my view, the dependency of the coroner on the police during the investigative stage mandated under s. 16(4) and s. 16(5) of the *Coroners Act* brings these provisions dangerously close to the boundary of legislation in the sphere of criminal law, an area within the exclusive jurisdiction of Parliament. As s. 16(4) and s. 16(5) operate in concert with s. 16(2), the problems I have identified affect s. 16(2) as well. I would, however, leave the question as to whether s. 16(2) of the *Coroners Act* is *ultra vires* unanswered as s. 16(4) and s. 16(5) have not been argued fully before this Court, and I have already found that the actions of the police constituted an unreasonable seizure, but I would reiterate that the previous decisions of this Court have not affirmed the validity of the investigative powers of the coroner and it is open to this Court in the future to determine that the interrelation between the police and the coroner under s. 16 of the *Coroners Act* impermissibly infringes on the federal criminal law power.

lieux. Elle sera certes utile dans les régions plus éloignées où le coroner pourra être à plusieurs heures de route de l'endroit où se trouve la preuve. Pourtant, le risque d'un chevauchement inadmissible de l'investigation du coroner et de l'enquête criminelle est énorme. Lorsqu'un coroner délègue à un policier les pouvoirs d'investigation prévus au par. 16(2), il devient immédiatement évident qu'il est dangereux que la distinction entre l'investigation du coroner et l'enquête criminelle s'efface et que les deux se confondent. Du point de vue pratique, il semble difficile que la police puisse agir pour le coroner totalement indépendamment de l'enquête criminelle lorsqu'elle exerce des pouvoirs délégués en vertu de l'art. 16. Tout ce que la police découvre lorsqu'elle agit au nom du coroner deviendra facilement une partie du fondement sur lequel pourra être établie la preuve à invoquer contre le défendeur. De plus, vu les exigences procédurales moins sévères que l'art. 16 impose à l'enquêteur, en déléguant à la police les pouvoirs qu'il détient aux termes du par. 16(2), le coroner lui donne des pouvoirs d'enquête plus étendus que ceux qu'elle possède normalement.

À mon avis, les par. 16(4) et 16(5) de la *Loi sur les coroners*, du fait qu'ils mettent le coroner dans un état de dépendance par rapport à la police au stade de l'investigation, confinent dangereusement au domaine du droit criminel, lequel est du ressort exclusif du Parlement. Puisque ces deux paragraphes ne s'appliquent pas indépendamment du par. 16(2), les problèmes que j'ai relevés se posent également à l'égard de cette dernière disposition. Je préfère cependant laisser sans réponse la question de savoir si le par. 16(2) de la *Loi sur les coroners* est *ultra vires*, étant donné que les par. 16(4) et 16(5) n'ont pas été pleinement débattus devant nous et que j'ai déjà conclu que les actes de la police constituaient une saisie abusive. Je répète toutefois que les arrêts précédents de notre Cour n'ont pas établi la légitimité des pouvoirs d'investigation du coroner et il nous sera loisible de décider ultérieurement que les relations réciproques entre la police et le coroner prévues à l'art. 16 de la *Loi sur les coroners* représentent un empiétement inadmissible sur le pouvoir fédéral en matière de droit criminel.

Should the Impugned Evidence Be Admitted Under Section 24(2) of the Charter?

Having concluded that the appellant's s. 8 *Charter* rights were infringed, should the evidence of the forensic analyst at trial as to the alcohol content of the blood sample be excluded under s. 24(2) of the *Charter* on the ground that, having regard to all the circumstances, its admission would bring the administration of justice into disrepute? For the reasons that follow, I do not think that it should.

In *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, this Court set out the factors to be taken into account in determining whether evidence should be excluded under s. 24(2), and grouped these factors under three headings:

(1) the effect of admission of the evidence on the fairness of the trial process;

(2) the seriousness of the *Charter* violation;

(3) the effect of exclusion on the reputation of the administration of justice.

Fairness of the Trial

Lamer J. (as he then was) noted in *Collins*, at p. 284, that the factors relevant to the fairness of the trial "include the nature of the evidence obtained as a result of the violation and the nature of the right violated and not so much the manner in which the right was violated". In this part of the analysis, this Court has affirmed that the classification of evidence as being either "real" or "conscriptive" is of importance, although, as this Court has noted on other occasions, the mere fact that the impugned evidence is classified as either real or conscriptive should not in and of itself be determinative of the admissibility of the evidence; see my reasons in *Thomson Newspapers*, *supra*; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Dersch*, [1993] 3 S.C.R. 768, *per* L'Heureux-Dubé J. However, it is a matter requiring close scrutiny.

La preuve contestée devrait-elle être utilisée eu égard au par. 24(2) de la Charte?

Vu la conclusion qu'il y a eu atteinte aux droits que l'art. 8 de la *Charte* garantit à l'appelant, la déposition relative au taux d'alcoolémie dans l'échantillon de sang qu'a faite au procès l'analyste médico-légal devrait-elle être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte* au motif que, eu égard aux circonstances, son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? Pour les raisons qui suivent, je ne le crois pas.

Dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, notre Cour a énoncé les facteurs à prendre en considération pour déterminer s'il y a lieu d'écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2). Ces facteurs ont été regroupés en trois catégories:

(1) l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès,

(2) la gravité de la violation de la *Charte*,

(3) l'effet de l'exclusion sur la considération dont jouit l'administration de la justice.

L'équité du procès

Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a fait remarquer dans l'arrêt *Collins*, à la p. 284, que les facteurs pertinents relativement à l'équité du procès «comprennent la nature de la preuve obtenue par suite de la violation et la nature du droit violé, plutôt que la façon dont ce droit a été violé». En ce qui concerne cet aspect de l'analyse, notre Cour a dit qu'il est important que la preuve soit ou bien qualifiée de «matérielle» ou bien considérée comme ayant été obtenue «en mobilisant l'accusé contre lui-même». Toutefois, comme la Cour l'a fait remarquer à d'autres occasions, le simple fait que la preuve contestée soit rangée dans l'une ou l'autre de ces deux catégories ne devrait pas en soi être concluant sur son admissibilité; voir mes motifs dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, et les arrêts *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768, le juge L'Heureux-Dubé. C'est toutefois là une question qui appelle un examen minutieux.

This Court has previously undertaken a s. 24(2) analysis in the case of blood samples seized in violation of s. 8 of the *Charter* in several cases; see *Pohoretsky*, *Dyment* and *Dersch*, *supra*. The present case differs from these in that the impugned blood and urine samples in the present case were extracted by the hospital staff with the express consent of the accused, albeit a consent restricted to using the samples for medical purposes only. It is apparent, therefore, that the samples were already in existence prior to any seizure by the coroner or the police officers.

In *R. v. Erickson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 75, the Alberta Court of Appeal was presented with a similar fact situation. In that case, a police officer was allowed to look at the results of a blood alcohol analysis done by the hospital and used this information as a basis for obtaining a warrant to seize the blood sample and report. The accused had consented to the taking of the blood sample for medical purposes. Although Major J.A. (as he then was) found that the s. 8 rights of the accused had been infringed, he determined that the blood sample was real evidence that existed independently of the *Charter* violation. This Court has recently affirmed this decision; see *R. v. Erickson*, [1993] 2 S.C.R. 649. L'Heureux-Dubé J.'s reasons in *Dersch* also support the proposition that blood samples obtained without the involvement of the state should be classified as real evidence. I would agree that in this case the blood sample should be classified as such.

The importance of determining that the blood sample was real evidence goes only so far as it demonstrates that the sample was given by consent and existed independently of the subsequent *Charter* violation. The coercive powers of the state played no role in creating the sample which was ultimately used to incriminate the appellant. As I discussed in *R. v. Wise*, *supra*, at p. 570, the prior

Notre Cour a déjà entrepris, dans plusieurs arrêts, une analyse en fonction du par. 24(2) relativement à des échantillons de sang saisis d'une manière qui violait l'art. 8 de la *Charte*; voir les arrêts *Pohoretsky*, *Dyment* et *Dersch*, précités. La présente affaire diffère de ces arrêts en ce que, dans le cas qui nous occupe, les échantillons de sang et d'urine en cause ont été prélevés par le personnel hospitalier avec le consentement exprès de l'accusé, bien que ce consentement se soit limité à l'utilisation des échantillons à des fins purement médicales. Il appert, en conséquence, que les échantillons existaient avant toute saisie effectuée par le coroner ou par les policiers.

Dans l'affaire *R. c. Erickson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 75, la Cour d'appel de l'Alberta se trouvait devant des faits analogues. En effet, on avait accordé à un policier la permission d'examiner les résultats d'une analyse de l'alcoolémie qu'avait faite l'hôpital, et le policier s'est servi de cette information pour obtenir un mandat autorisant la saisie de l'échantillon de sang et du rapport. L'accusé avait consenti au prélèvement de l'échantillon de sang à des fins médicales. Le juge Major (maintenant juge de notre Cour), malgré sa conclusion qu'il y avait eu atteinte aux droits que l'art. 8 garantit à l'accusé, a décidé que l'échantillon de sang constituait une preuve matérielle qui existait indépendamment de la violation de la *Charte*. Cet arrêt a été confirmé dernièrement par notre Cour; voir *R. c. Erickson*, [1993] 2 R.C.S. 649. Les motifs du juge L'Heureux-Dubé dans l'affaire *Dersch* appuient également la proposition selon laquelle les échantillons de sang obtenus sans l'intervention de l'État devraient être considérés comme une preuve matérielle. À mon avis, c'est ainsi qu'il faudrait qualifier l'échantillon de sang en cause en l'espèce.

Déterminer que l'échantillon de sang constituait une preuve matérielle n'importe que pour autant qu'il se dégage de cette détermination que l'échantillon a été prélevé avec le consentement de l'intéressé et qu'il existait indépendamment de la violation subséquente de la *Charte*. Les pouvoirs de coercition de l'État n'ont été pour rien dans l'obtention de l'échantillon dont on s'est ultimement

existence of the sample is important in that it demonstrates "that [the sample] could have been discovered in any event". In my view, the independent and prior existence of the sample completely apart from any s. 8 infringement by the state is an important consideration weighing on the side of allowing the introduction of the evidence.

Seriousness of the Violation

Turning to the second group of factors, I would refer to the following excerpt from the judgment of Le Dain J. in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 652:

> The relative seriousness of the constitutional violation has been assessed in the light of whether it was committed in good faith, or was inadvertent or of a merely technical nature, or whether it was deliberate, wilful or flagrant. Another relevant consideration is whether the action which constituted the constitutional violation was motivated by urgency or necessity to prevent the loss or destruction of the evidence.

In the present case, the hospital acted in good faith in taking the samples for medical purposes only. So did the coroner. His purpose, as determined by the trial judge, was only to find the cause of death as he is statutorily required to do, and his actions were within the ostensible authority granted by s. 16(2) of the *Coroners Act*. Finally, the police also appear to have acted in good faith throughout. Although I have determined that their actions constituted an unreasonable seizure of the blood and urine samples, the police believed that the coroner's seizure was valid and that they were within their rights in simply subpoenaing the analyst to testify as to the blood alcohol content of the sample initially seized by the coroner. Although this strategy led to a s. 8 violation which they could have easily avoided, the police did not wilfully circumvent any required procedural steps of which they were aware. Throughout the process, I believe, the actions that contributed to the s. 8 violation were inadvertent, and all parties reasonably believed they were acting within areas of ostensible authority. In this regard, the actions of the police are in direct contrast to those of the

servi pour incriminer l'appelant. Comme je l'ai indiqué dans l'arrêt *R. c. Wise*, précité, à la p. 570, l'existence antérieure de l'échantillon a ceci d'important qu'elle démontre qu'il «aurait pu être découvert[. . .] de toute façon». À mon avis, l'existence distincte et antérieure de l'échantillon tout à fait indépendamment d'une violation quelconque de l'art. 8 par l'État milite fortement en faveur de l'admission de la preuve.

La gravité de la violation

Abordant maintenant le deuxième groupe de facteurs, je me réfère aux propos suivants tenus par le juge Le Dain dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 652:

> La gravité relative d'une violation de la Constitution a été évaluée en fonction de la question de savoir si elle a été commise de bonne foi ou par inadvertance ou si elle est de pure forme, ou encore s'il s'agit d'une violation délibérée, volontaire ou flagrante. Un autre facteur pertinent consiste à déterminer si cette violation a été motivée par l'urgence de la situation ou par la nécessité d'empêcher la perte ou la destruction de la preuve.

En l'espèce, l'hôpital a agi de bonne foi en prélevant les échantillons à des fins purement médicales. Le coroner était également de bonne foi. Son seul but, a conclu le juge du procès, était d'établir la cause de la mort en exécution de son obligation légale. Ses actes n'excédaient pas le pouvoir apparemment conféré par le par. 16(2) de la *Loi sur les coroners*. En dernier lieu, la police semble, elle aussi, avoir agi de bonne foi du début à la fin. Même si j'ai conclu que ses actes constituaient une saisie abusive des échantillons de sang et d'urine, la police croyait à la légitimité de la saisie effectuée par le coroner et s'estimait autorisée à simplement assigner l'analyste à témoigner concernant le taux d'alcoolémie dans l'échantillon initialement saisi par le coroner. Quoique cette stratégie ait amené une violation de l'art. 8 qu'elle aurait facilement pu éviter, la police n'a volontairement escamoté aucune étape procédurale dont elle avait connaissance. Du début à la fin, je crois, les actes qui ont concouru à la violation de l'art. 8 ont été commis par inadvertance, et tous les intéressés croyaient raisonnablement qu'ils agissaient dans l'exercice de pouvoirs qui leur avaient été con-

police officers in *Dersch*, *supra*, where the police wilfully attempted to circumvent appropriate procedures. The fact that all the parties in the present case believed they were following proper procedures and were acting under valid statutory authority is, in my view, an important distinguishing factor.

Effect of the Exclusion

Turning to the third arm of the *Collins* analysis, several factors bear comment. First, and most important, the critical evidence would almost certainly have been discovered absent the violation. The blood and urine samples had already been taken for medical purposes at the time of the seizure by the coroner, the police were aware of their existence, and charges had already been laid against the appellant. If the coroner had not intervened and seized the sample, the officers would inevitably have obtained a warrant for the samples at the very first opportunity, would have done the same analysis and reached the same conclusions. A seizure pursuant to a warrant would be admissible under *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*.

Furthermore, even without the existing sample, the police had several available means of pursuing evidence that would have been sufficient to convict the appellant. For instance, if the police had not been aware of the existence of the blood and urine samples, they would have pursued the breathalyser sample or another blood sample under s. 238(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, am. *Criminal Law Amendment Act, 1985*, S.C. 1985, c. 19, s. 36 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 254(3), am. by R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 36.) In reality, the only factor that prevented the police from following accepted procedure under s. 8 of the *Charter* was the intervention of the coroner. Once the coroner had seized the samples and placed them in the possession of the police, the police did not foresee the need to obtain a warrant or independent evidence. On the whole, therefore, the *Charter* infringement only had a minimal effect on the outcome of the trial as the police would have

férés. À cet égard, les actes de la police contrastent vivement avec ceux des policiers dans l'affaire *Dersch*, précitée, qui avaient volontairement tenté de contourner les procédures établies. Le fait que tous les intéressés avaient en l'espèce l'impression de suivre la bonne procédure et d'agir en vertu d'un pouvoir légitimement conféré par la loi constitue, selon moi, une distinction importante.

L'effet de l'exclusion

En ce qui concerne le troisième volet de l'analyse proposée dans l'arrêt *Collins*, plusieurs observations s'imposent. D'abord — et c'est le point le plus important — les éléments de preuve critiques auraient presque certainement été découverts sans la violation. Les échantillons de sang et d'urine avaient déjà été prélevés à des fins médicales au moment de la saisie par le coroner, la police savait qu'ils existaient et des accusations avaient déjà été portées contre l'appelant. Si le coroner n'était pas intervenu pour saisir les échantillons, les policiers auraient inévitablement obtenu à la toute première occasion un mandat pour les saisir, ils auraient fait faire la même analyse et ils seraient arrivés aux mêmes conclusions. Une saisie effectuée en exécution d'un mandat aurait été admissible suivant l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité.

Qui plus est, même s'il n'y avait pas déjà eu d'échantillon, la police disposait de plusieurs moyens de recueillir des éléments de preuve qui auraient suffi pour fonder un verdict de culpabilité contre l'appelant. Si, par exemple, la police avait ignoré l'existence des échantillons de sang et d'urine, elle aurait obtenu un échantillon d'haleine ou un autre échantillon de sang en vertu du par. 238(3) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, mod. par la *Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, S.C. 1985, ch. 19, art. 36 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, par. 254(3), mod. L.R.C. (1985), ch. 27 (1er suppl.), art. 36.) En réalité, seule l'intervention du coroner a amené la police à ne pas suivre la procédure acceptée dans le contexte de l'art. 8 de la *Charte*. Du moment que le coroner avait saisi les échantillons et les avait remis entre les mains de la police, celle-ci ne voyait pas la nécessité d'obtenir un mandat ou une preuve indépendante. Donc, somme toute, la violation de la

obtained sufficient evidence in the course of alternative investigative measures.

Another factor to be considered is the appalling circumstances in which the underlying offence in this case was committed. Even in his drunken state, the appellant was lucid enough to realize that he was responsible for the first accident. This is demonstrated by the fact that he stopped, turned around to see what had happened and then proceeded to turn off his headlights to avoid detection and flee the scene of the accident. As a result of his failure to use headlights, the victim of the second accident did not have the opportunity to see that the appellant was driving on the wrong side of the road in the darkness. Although all cases of impaired driving causing death are tragic, the facts of this particular case are even more shocking to the conscience than usual. That the offence occurred in such aggravating circumstances would surely affect the repute of the administration of justice if the evidence were excluded.

I, therefore, conclude that the inclusion of the analyst's testimony at trial did not bring the administration of justice into disrepute. Although the right to privacy with respect to one's own bodily fluids is of fundamental importance and must be carefully protected, I am convinced that the particular circumstances of this case dictate that the evidence given by the analyst regarding the blood alcohol level of the appellant should be admitted even though the blood and urine samples were obtained in violation of s. 8 of the *Charter*. The criminal law enforcement arm of the state acted in good faith throughout the proceedings and, if the coroner had not intervened, the incriminating evidence would have ultimately been discovered through constitutional means. Coupled with the aggravating circumstances surrounding the commission of the offence, I am satisfied that the administration of justice would not be brought into disrepute by the admission of the evidence.

Charte n'a eu qu'un effet minime sur l'issue du procès, car la police aurait recueilli une preuve suffisante en recourant à d'autres mesures d'enquête.

À prendre en considération également sont les circonstances affreuses entourant la perpétration de l'infraction sous-jacente en l'espèce. Malgré son état d'ébriété, l'appelant demeurait assez lucide pour se rendre compte qu'il était l'auteur du premier accident. La preuve démontre qu'il s'est arrêté, s'est retourné pour voir ce qui s'était passé, puis a éteint ses phares afin de ne pas être découvert et a fui les lieux de l'accident. Comme l'appelant ne s'est pas servi de ses phares, la victime du second accident n'a pu remarquer qu'il conduisait à contresens dans l'obscurité. Tous les cas de conduite avec facultés affaiblies causant la mort sont certes tragiques, mais les faits de la présente affaire révoltent encore plus que ce ne serait normalement le cas. L'infraction a été accompagnée de circonstances si aggravantes que cela nuirait assurément à la considération dont jouit l'administration de la justice si la preuve était écartée.

Je conclus, en conséquence, que l'utilisation du témoignage de l'analyste au procès n'a pas déconsidéré l'administration de la justice. Bien que le droit à la vie privée en ce qui concerne les propres liquides organiques d'une personne revête une importance capitale et doive être soigneusement protégé, je suis convaincu que les circonstances particulières qui existent en l'espèce commandent que le témoignage de l'analyste relativement au taux d'alcoolémie de l'appelant devrait être admis, même si les échantillons de sang et d'urine ont été obtenus d'une manière qui violait l'art. 8 de la *Charte*. La branche de l'État chargée de l'application du droit criminel a fait preuve de bonne foi tout au cours de l'affaire et, n'eût été l'intervention du coroner, la preuve incriminante aurait finalement été obtenue par des moyens constitutionnels. Ajoutant à cela les circonstances aggravantes entourant la perpétration de l'infraction, je suis convaincu que l'utilisation de la preuve en cause n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Disposition

I would dismiss this appeal on the basis that, although the seizure of the blood and urine samples violated s. 8 of the *Charter*, the evidence derived therefrom and introduced at trial should not be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. Given this result, there is no need to rule upon the constitutionality of s. 16(2) and related provisions in the Ontario *Coroners Act* and the analogous legislation of other jurisdictions, although, as I noted, certain elements of s. 16 give rise to significant concerns. The conviction of the appellant at trial should be confirmed. It is unnecessary to reply to the constitutional questions.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Attorney General for New Brunswick, Fredericton.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi au motif que, malgré la violation de l'art. 8 de la *Charte* que constituait la saisie des échantillons de sang et d'urine, la preuve qui en dérive et qui a été produite au procès ne devrait pas être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Compte tenu de ce résultat, point n'est besoin de statuer sur la constitutionnalité du par. 16(2) et des dispositions connexes de la *Loi sur les coroners* de l'Ontario ni sur celle des dispositions analogues en vigueur ailleurs, quoique, comme je l'ai indiqué, l'art. 16 fasse naître sous certains aspects d'importantes préoccupations. Je suis d'avis de confirmer le verdict de culpabilité rendu contre l'appelant au procès. Il n'est pas nécessaire de répondre aux questions constitutionnelles.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Ruby & Edwardh, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

The Hydro Electric Commission of the Town of Kenora and the Corporation of the Town of Kenora *Appellants*

v.

Vacationland Dairy Co-operative Ltd. *Respondent*

INDEXED AS: KENORA (TOWN) HYDRO ELECTRIC COMMISSION *v.* VACATIONLAND DAIRY CO-OPERATIVE LTD.

File No.: 22947.

1993: October 6; 1994: January 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Public utilities — Claims — Quantum meruit — Equitable estoppel — Electrical utility underbilling for power supplied to customer — Customer claiming that utility estopped from recovering by its own negligence — Equitable estoppel unavailable as defence where it would interfere with ability of public authority to carry out positive statutory duty — Whether Ontario utilities legislation imposes positive duty — Power Corporation Act, R.S.O. 1980, c. 384, s. 99.

Vacationland purchases electrical power from Kenora Hydro, which in 1979 upgraded Vacationland's power service and installed a new meter. The new meter was embossed with a multiplier of 2 to be used in calculating power consumed for billing purposes. Kenora Hydro advised the Town of Kenora, which is responsible for billing and collecting accounts, of the proper multiplier, but through a clerical error the multiplier was not transferred to the billing card. As a result, Vacationland was billed for only half its actual power consumption. In 1986, during an inspection of the plant requested by Vacationland in preparation for expansion, Kenora Hydro discovered that the multiplier was not being used in calculating the billings. The trial judge dismissed the action brought by Kenora Hydro and the Town to recover the amount by which Vacationland had been

La Commission hydro-électrique de la ville de Kenora et la municipalité de Kenora *Appelantes*

c.

Vacationland Dairy Co-operative Ltd. *Intimée*

RÉPERTORIÉ: COMMISSION HYDRO-ÉLECTRIQUE DE KENORA (VILLE) *c.* VACATIONLAND DAIRY CO-OPERATIVE LTD.

N° du greffe: 22947.

1993: 6 octobre; 1994: 27 janvier.

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

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

Services publics — Actions — Quantum meruit — Irrecevabilité en equity — Facturation insuffisante de l'électricité fournie à un client par une entreprise de service public — Prétention du client que l'entreprise est, en raison de sa négligence, irrecevable à effectuer un recouvrement — Impossibilité d'invoquer comme moyen de défense l'irrecevabilité en equity lorsqu'elle aurait pour effet d'empêcher des autorités publiques de s'acquitter d'une obligation légale positive — La loi ontarienne sur les services publics impose-t-elle une obligation positive? — Power Corporation Act, R.S.O. 1980, ch. 384, art. 99.

Vacationland achète l'électricité de Kenora Hydro qui, en 1979, a amélioré son approvisionnement en électricité et installé un nouveau compteur. Ce nouveau compteur était marqué d'un facteur de multiplication par 2 qui devait être utilisé dans la facturation de l'électricité consommée. Kenora Hydro a avisé de ce multiplicateur la ville de Kenora qui a la responsabilité de facturer et de recouvrer les comptes recevables mais, en raison d'une erreur d'écriture, le multiplicateur n'a pas été inscrit sur la fiche de facturation. Par conséquent, seule la moitié de l'électricité réellement consommée fut facturée à Vacationland. En 1986, lors d'une inspection de l'usine demandée par Vacationland pour des fins d'agrandissement, Kenora Hydro a découvert que le multiplicateur n'était pas utilisé pour calculer les factures. Le juge de première instance a rejeté l'action

underbilled between 1979 and 1986. He found that there was no contract between Vacationland and Kenora Hydro for the supply of power, and that while Kenora Hydro had made out its claim on a *quantum meruit* basis, Vacationland was entitled to raise estoppel in defence. The Court of Appeal upheld the judgment.

Held (Lamer C.J. and La Forest, McLachlin and Iacobucci JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Major JJ.: This case is distinguishable from *Maritime Electric Co. v. General Dairies Ltd.*, where the Privy Council held that estoppel was not available where it would nullify a statutory provision requiring a public utility to collect amounts owing. Like the statute at issue in that case, s. 99 of the Ontario *Power Corporation Act* makes it an offence for a public utility to charge an unauthorized rate. Under the Ontario Act, however, no penalty is imposed on municipal council members where an employee's inadvertent error resulted in a customer effectively receiving power on better terms, and customers have no express duty to pay and are not fined for insufficient payment. The Ontario legislation is thus designed to prevent deliberate, unauthorized discrimination among power customers, and is not directed against simple negligent mistakes. A statute can only affect the operation of the common law principles of restitution and bar the defence of estoppel or change of position where there exists a clear positive duty on the public utility which is incompatible with the operation of those principles. Here the *Power Corporation Act* does not express a policy of rate non-discrimination that excludes estoppel or change of position. Compelling payment to correct an error in these circumstances introduces costly uncertainty for power consumers and makes them individually bear the burden of the appellants' mistake. Such a harsh public policy should clearly appear in the statute, which is not the case in the *Power Corporation Act*.

intentée par Kenora Hydro et la ville en vue de recouvrer le montant qui n'avait pas été facturé à Vacationland entre 1979 et 1986. Il a conclu qu'il n'existait pas de contrat de fourniture d'électricité entre Vacationland et Kenora Hydro et que, même si Kenora Hydro avait établi la validité de sa demande fondée sur le *quantum meruit*, Vacationland avait le droit d'opposer une fin de non-recevoir comme moyen de défense. La Cour d'appel a confirmé ce jugement.

Arrêt (le juge en chef Lamer et les juges La Forest, McLachlin et Iacobucci sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Major: Le présent pourvoi peut se distinguer de l'affaire *Maritime Electric Co. c. General Dairies Ltd.* dans laquelle le Conseil privé a statué que la fin de non-recevoir ne pouvait être opposée lorsqu'elle aurait pour effet d'annuler une disposition législative exigeant d'une entreprise de service public qu'elle perçoive les sommes qui lui sont dues. À l'instar de la loi en cause dans cette affaire, l'art. 99 de la *Power Corporation Act* de l'Ontario prévoit que commet une infraction l'entreprise de service public qui impose un tarif non autorisé. Toutefois, en vertu de la loi ontarienne, aucune peine n'est imposée aux membres du conseil municipal lorsqu'en raison d'une erreur commise par inadvertance par un employé, un client reçoit effectivement l'électricité à de meilleures conditions; de plus, la loi n'impose aux clients aucune obligation expresse de payer et elle ne prescrit pas non plus l'imposition aux consommateurs d'une amende pour paiement insuffisant. La loi ontarienne est donc destinée à prévenir l'établissement délibéré et non autorisé de distinctions entre les clients qui achètent l'électricité et ne vise pas les simples erreurs commises par négligence. Une loi peut uniquement modifier l'application des principes de common law en matière de restitution et écarter, comme moyen de défense, une fin de non-recevoir et un changement de situation de fait lorsque l'entreprise de service public est assujettie à une obligation positive claire qui est incompatible avec l'application de ces principes. En l'espèce, la *Power Corporation Act* n'établit pas une politique de non-discrimination en matière de tarifs de nature à écarter le moyen de la fin de non-recevoir ou du changement de situation de fait. Obliger les consommateurs d'électricité à payer pour corriger une erreur dans de telles circonstances créerait chez eux une incertitude onéreuse et ferait assumer à chacun d'eux le fardeau de l'erreur des appelantes. Une politique générale aussi stricte devrait être clairement spécifiée dans la loi, ce qui n'est pas le cas dans la *Power Corporation Act*.

Per Lamer C.J. and La Forest, McLachlin and Iacobucci JJ. (dissenting): This case falls squarely within the rule enunciated in *Maritime Electric* that estoppel cannot operate so as to impede a statutory obligation on a public utility to collect amounts owing. The duty may be express or implied. Moreover, an express statutory duty exists here in s. 99 of the *Power Corporation Act*, which clearly appears to prohibit the charging of preferential or discriminatory rates. By negligently charging Vacationland for only half of the power it consumed during the relevant six-year period, Kenora Hydro has reduced the cost of electrical power to Vacationland so that it is, in effect, supplied at a lower rate or on better terms. Failure to collect the amount underbilled contravenes the statutory imperative of rate non-discrimination. The nature of the penalty provided for the offence, or the mischief which it seeks to remedy through that penalty, is irrelevant to the issue of whether the positive statutory duty exists. Further, s. 99 does not waive the penalty in the case of inadvertent error or negligence. Kenora Hydro's status as a public utility means that it cannot charge a customer less than others in the same class. This statutory mandate is contravened by a negligent mistake as much as by an intentional preference. There is a public interest in seeing that a highly regulated, essential public resource is distributed with a measure of equality. This policy of equality cannot be overlooked simply because it imposes hardship on an individual consumer. The negative aspects of imposing these costs on the underbilled customer must be balanced against the result of that customer receiving a windfall at the expense of a company operating for the benefit of the public as a whole.

Cases Cited

By Major J.

Distinguished: *Maritime Electric Co. v. General Dairies Ltd.*, [1937] 1 D.L.R. 609.

By Iacobucci J. (dissenting)

Maritime Electric Co. v. General Dairies Ltd., [1937] 1 D.L.R. 609 (P.C.), rev'g [1935] S.C.R. 519, rev'g [1934] 4 D.L.R. 436 (N.B.S.C.A.D.); *Re Inter-City Gas Utilities Ltd. and Ebner* (1977), 76 D.L.R. (3d) 708;

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, McLachlin et Iacobucci (dissidents): La présente affaire relève directement de la règle, énoncée dans l'arrêt *Maritime Electric*, selon laquelle la fin de non-recevoir ne peut avoir pour effet d'empêcher une entreprise de service public de s'acquitter d'une obligation légale de percevoir les sommes qui lui sont dues. L'obligation peut être explicite ou implicite. Par ailleurs, une obligation légale explicite existe ici à l'art. 99 de la *Power Corporation Act* qui paraît clairement interdire l'imposition de tarifs préférentiels ou discriminatoires. En facturant par négligence à Vacationland seulement la moitié de l'électricité qu'elle a consommée pendant la période en cause de six ans, Kenora Hydro a réduit le coût de son électricité de sorte qu'elle l'a en fait approvisionnée à un tarif inférieur ou à de meilleures conditions. Le défaut de percevoir le montant non facturé est contraire à la prescription de tarifs non discriminatoires contenue dans la Loi. Ni la nature de la peine prévue pour l'infraction ni le tort qu'elle vise à redresser ne sont pertinents lorsqu'il s'agit de déterminer s'il existe une obligation légale positive. L'article 99 n'écarte pas non plus la peine dans un cas d'erreur commise par inadvertance ou de négligence. En raison de son statut d'entreprise publique, Kenora Hydro ne peut imposer à un client un tarif inférieur à celui imposé à d'autres clients de la même catégorie. Il y a manquement à cette exigence de la Loi peu importe qu'il s'agisse d'une erreur commise par négligence ou d'une préférence intentionnelle. Le public a intérêt à veiller à ce qu'une ressource publique essentielle, fortement réglementée, soit distribuée également dans une certaine mesure. On ne saurait ignorer cette politique d'égalité simplement parce qu'elle est une source de difficultés pour un consommateur donné. Les aspects négatifs de l'imposition de ces coûts au consommateur ayant fait l'objet d'une facturation insuffisante doivent être soupesés en fonction de l'aubaine dont ce client se trouverait à profiter aux dépens d'une société exploitée pour l'avantage de l'ensemble du public.

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Distinction d'avec l'arrêt: *Maritime Electric Co. c. General Dairies Ltd.*, [1937] 1 D.L.R. 609.

Citée par le juge Iacobucci (dissident)

Maritime Electric Co. c. General Dairies Ltd., [1937] 1 D.L.R. 609 (C.P.), inf. [1935] R.C.S. 519, inf. [1934] 4 D.L.R. 436 (Div. app. C.S.N.-B.); *Re Inter-City Gas Utilities Ltd. and Ebner* (1977), 76 D.L.R. (3d) 708;

Roma Electric Light and Power Co. v. Hair, [1955] St.R.Qd. 311; *Chesapeake and Potomac Telephone Co. of Virginia v. Bles*, 243 S.E.2d 473 (1978); *Corp. de Gestion Ste-Foy, Inc. v. Florida Power and Light Co.*, 385 So.2d 124 (1980); *Boone County Sand & Gravel Co. v. Owen County Rural Electric Cooperative Corp.*, 779 S.W.2d 224 (1989); *Memphis Light, Gas & Water Division v. Auburndale School System*, 705 S.W.2d 652 (1986); *Sigal v. City of Detroit*, 362 N.W.2d 886 (1985); *Capital Properties Co. v. Public Service Commission*, 457 N.Y.S.2d 635 (1982); *Goddard v. Public Service Co. of Colorado*, 599 P.2d 278 (1979); *Laclede Gas Co. v. Solon Gershman, Inc.*, 539 S.W.2d 574 (1976); *Illinois Power Co. v. Champaign Asphalt Co.*, 310 N.E.2d 463 (1974); *Taranaki Electric-Power Board v. Proprietors of Puketapu 3A Block, Inc.*, [1958] N.Z.L.R. 297; *Ontario Hydro v. Ram's Horn Holding Ltd.*, Ont. Dist. Ct., No. 256034/85, June 25, 1987.

Statutes and Regulations Cited

Power Corporation Act, R.S.O. 1980, c. 384, ss. 95, 98, 99.

Power Corporation Act, R.S.O. 1990, c. P.18, ss. 113, 117, 118.

Public Utilities Act, R.S.O. 1980, c. 423, s. 27(2), (3), (6).

Public Utilities Act, R.S.O. 1990, c. P.52, s. 28(2), (3).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 7 O.R. (3d) 385, 88 D.L.R. (4th) 725, 53 O.A.C. 192, affirming a judgment of Kinsman Dist. Ct. J. dismissing the appellants' action. Appeal dismissed, Lamer C.J. and La Forest, McLachlin and Iacobucci JJ. dissenting.

Alan H. Mark and *Joe Conforti*, for the appellants.

Maurice J. Neirinck, for the respondent.

The reasons of Lamer C.J. and La Forest, McLachlin and Iacobucci JJ. were delivered by

IACOBUCCI J. (dissenting) — I have had the benefit of reading the reasons of my colleague, Justice Major, but I find that I am unable to agree with his disposition of the appeal and his supporting reasons. Although I do not disagree with my col-

Roma Electric Light and Power Co. c. Hair, [1955] St.R.Qd. 311; *Chesapeake and Potomac Telephone Co. of Virginia c. Bles*, 243 S.E.2d 473 (1978); *Corp. de Gestion Ste-Foy, Inc. c. Florida Power and Light Co.*, 385 So.2d 124 (1980); *Boone County Sand & Gravel Co. c. Owen County Rural Electric Cooperative Corp.*, 779 S.W.2d 224 (1989); *Memphis Light, Gas & Water Division c. Auburndale School System*, 705 S.W.2d 652 (1986); *Sigal c. City of Detroit*, 362 N.W.2d 886 (1985); *Capital Properties Co. c. Public Service Commission*, 457 N.Y.S.2d 635 (1982); *Goddard c. Public Service Co. of Colorado*, 599 P.2d 278 (1979); *Laclede Gas Co. c. Solon Gershman, Inc.*, 539 S.W.2d 574 (1976); *Illinois Power Co. c. Champaign Asphalt Co.*, 310 N.E.2d 463 (1974); *Taranaki Electric-Power Board c. Proprietors of Puketapu 3A Block, Inc.*, [1958] N.Z.L.R. 297; *Ontario Hydro c. Ram's Horn Holding Ltd.*, C. dist. Ont., nº 256034/85, 25 juin 1987.

Lois et règlements cités

Loi sur la Société de l'électricité, L.R.O. 1990, ch. P.18, art. 113, 117, 118.

Loi sur les services publics, L.R.O. 1990, ch. P.52, art. 28(2), (3).

Power Corporation Act, R.S.O. 1980, ch. 384, art. 95, 98, 99.

Public Utilities Act, R.S.O. 1980, ch. 423, art. 27(2), (3), (6).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 7 O.R. (3d) 385, 88 D.L.R. (4th) 725, 53 O.A.C. 192, qui a confirmé un jugement du juge Kinsman de la Cour de district qui avait rejeté l'action des appelantes. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et les juges La Forest, McLachlin et Iacobucci sont dissidents.

Alan H. Mark et *Joe Conforti*, pour les appelantes.

Maurice J. Neirinck, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges La Forest, McLachlin et Iacobucci rendus par

LE JUGE IACOBUCCI (dissident) — J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Major, mais je ne puis souscrire à la façon dont il tranche le pourvoi ni aux motifs qu'il invoque à l'appui de sa décision. Bien que je ne sois pas en

league's description of the facts and events leading up to this appeal, I prefer to set forth briefly the background and other related matters, because of the views I hold on the issues in this appeal.

I. Background

This appeal concerns the validity of the defence of equitable estoppel to a claim by a public utility in *quantum meruit* to recover amounts not collected because of a billing error. In particular, it involves an application of the decision of the Privy Council in *Maritime Electric Co. v. General Dairies Ltd.*, [1937] 1 D.L.R. 609, which held that the defence of equitable estoppel cannot lie where it would interfere with the ability of a public authority to carry out a statutory duty to collect money owing by a ratepayer. In this case, the Ontario Court of Appeal unanimously dismissed an appeal by the appellants the Hydro Electric Commission of the Town of Kenora ("Kenora Hydro") and the Corporation of the Town of Kenora ("the Town") from the decision of the trial judge, who had held that Kenora Hydro was estopped from recovering from the respondent Vacationland Dairy Co-operative Ltd. ("the Co-op") because of its own negligence in miscalculating the amounts owing. I pause to add that the appellant Town retains the responsibility for billing and collecting accounts on behalf of Kenora Hydro, and is for that reason a party to this appeal.

The elements of a claim in *quantum meruit*, and of the corresponding defence of equitable estoppel, are conceded by the parties. The issue in this appeal is whether the absence of an express statutory duty to "collect and receive" all moneys owing should mean that the principle set out in *Maritime Electric* is inapplicable.

désaccord avec la description que donne mon collègue des faits et des événements qui ont abouti au présent pourvoi, je préfère, en raison des opinions que j'ai sur les questions soulevées en l'espèce, faire un bref exposé du contexte et d'autres questions connexes.

I. Le contexte

Le présent pourvoi porte sur la validité du moyen de défense de la fin de non-recevoir ou de l'irrecevabilité en *equity* relativement à une demande fondée sur le *quantum meruit* présentée par une entreprise de service public en vue de recouvrer des montants non perçus à cause d'une erreur de facturation. Plus particulièrement, le présent pourvoi touche l'application de l'arrêt du Conseil privé *Maritime Electric Co. c. General Dairies Ltd.*, [1937] 1 D.L.R. 609, dans lequel on a statué que l'on ne peut invoquer le moyen de défense de la fin de non-recevoir en *equity* lorsqu'il aurait pour effet d'empêcher des autorités publiques de s'acquitter d'une obligation légale de percevoir des sommes dues par un contribuable. En l'espèce, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté à l'unanimité un appel interjeté par les appelantes, la Commission hydro-électrique de la ville de Kenora («Kenora Hydro») et la municipalité de Kenora («la ville»), contre la décision du juge de première instance qui avait statué que Kenora Hydro était irrecevable à recouvrer les sommes non payées par l'intimée, la Vacationland Dairy Co-operative Ltd. («la Coop»), à cause de sa propre négligence dans le calcul des montants dus. Je prends le temps de préciser que la ville appelante a la responsabilité de facturer et de recouvrer les comptes recevables pour le compte de Kenora Hydro, et c'est pourquoi elle est partie au présent pourvoi.

Les parties ont reconnu l'existence des éléments d'une demande fondée sur le *quantum meruit* et du moyen de défense de la fin de non-recevoir en *equity*. La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si l'absence d'une obligation légale explicite de «percevoir et de recevoir» tous les montants dus devrait signifier que le principe formulé dans l'arrêt *Maritime Electric* est inapplicable.

The facts of this case are summarized in the reasons of my colleague, who concludes that, in the absence of an express duty to collect arrears, the provisions of the legislation permit the defence of estoppel to be raised. As I will discuss, I do not, however, come to the same conclusion in respect of the application of the principles set out by the Privy Council in its decision in *Maritime Electric* to the facts of this case. In my view, this case falls squarely within the rule enunciated in *Maritime Electric* that estoppel cannot operate so as to impede a statutory obligation on a public utility to collect amounts owing.

II. Relevant Legislation

Public Utilities Act, R.S.O. 1980, c. 423

27. . . .

(2) In fixing the rents, rates or prices to be paid for the supply of a public utility the [municipal] corporation may use its discretion as to the rents, rates or prices to be charged to the various classes of consumers and also as to the rents, rates or prices at which a public utility shall be supplied for the different purposes for which it may be supplied or required.

(3) In default of payment, the corporation may shut off the supply but the rents or rates in default are, nevertheless, recoverable.

. . .

(6) The amount payable to a municipal corporation [e.g., the Town of Kenora] or to a public utility or hydro-electric commission of a municipality [e.g., Kenora Hydro] or to Ontario Hydro is a debt and may be recovered by action in a court of competent jurisdiction.

(Now R.S.O. 1990, c. P.52, s. 28(2), (3) and (6).)

Power Corporation Act, R.S.O. 1980, c. 384

95. — (1) The rates and charges for supplying power, and the rents and charges to meet the cost of any work or service done or furnished for the purposes of a supply of power, chargeable by any municipal corporation gen-

Les faits de la présente affaire sont résumés dans les motifs de mon collègue qui conclut que les dispositions législatives permettent d'opposer la fin de non-recevoir comme moyen de défense en l'absence d'une obligation explicite de percevoir des arriérés de paiement. Toutefois, comme nous le verrons, je n'arrive pas à la même conclusion en ce qui concerne l'application, aux faits de la présente affaire, des principes formulés par le Conseil privé dans l'arrêt *Maritime Electric*. À mon avis, la présente affaire relève directement de la règle, énoncée dans l'arrêt *Maritime Electric*, selon laquelle la fin de non-recevoir ne peut avoir pour effet d'empêcher une entreprise de service public de s'acquitter d'une obligation légale de percevoir les sommes qui lui sont dues.

II. Les textes législatifs pertinents

Public Utilities Act, R.S.O. 1980, ch. 423

[TRADUCTION] **27.** . . .

(2) La municipalité peut, à sa discrétion, fixer les loyers, redevances ou prix à payer pour la fourniture d'un service public, selon les catégories de consommateurs et selon les fins d'utilisation du service.

(3) La municipalité peut interrompre le service d'une personne qui est en défaut dans ses paiements, tout en conservant le droit de percevoir les arrérages de loyer ou de redevance.

. . .

(6) Le montant payable à une municipalité [par ex., la ville de Kenora], à une commission municipale de services publics, à une commission hydro-électrique municipale [par ex., Kenora Hydro] ou à Ontario Hydro, constitue une créance recouvrable par action intentée devant le tribunal compétent.

(Maintenant *Loi sur les services publics*, L.R.O. 1990, ch. P.52, art. 28(2), (3) et (6).)

Power Corporation Act, R.S.O. 1980, ch. 384

[TRADUCTION] **95.** (1) Les tarifs et frais d'approvisionnement en électricité ainsi que les loyers et frais destinés à financer le coût de travaux ou services, exécutés ou rendus en vue de l'approvisionnement en électricité,

erating or receiving and distributing power are subject at all times to the approval and control of the Corporation, and the rates, and such rents and charges, charged by any company or individual receiving power from the Corporation for the supply of power are subject at all times to such approval and control.

(2) Notwithstanding this Act, the Corporation may from time to time, when in its opinion it is in the interests of the municipal corporations under contract with the Corporation so to do, make orders fixing the rates to be charged by the corporation or commission of any municipality . . . for power supplied by the Corporation.

. . .

98. Where it appears to the Corporation upon examination of the accounts of a municipal corporation or municipal commission receiving power from the Corporation under a contract between the municipal corporation and the Corporation under this Act that there are arrears due and owing for electrical power supplied by the municipal corporation or municipal commission, or for rents, rates, costs and charges in connection with the service or supply of such power or for the installation of any works for such service or supply, and that the municipal corporation or municipal commission has not taken the necessary proceedings for the collection of such arrears, the Corporation may give, in writing, such directions as it considers proper, signed by the chairman or secretary, for the collection of the arrears by any method by which they may be collected, and it is the duty of the municipal corporation or municipal commission forthwith after receiving such directions to take all proceedings necessary to carry them into effect.

99. Where a municipal corporation or a municipal commission receiving electrical power from the Corporation under a contract made with the Corporation under this Act,

(*a*) supplies electrical power to any person upon terms and at rates other than those that have been approved of by the Corporation;

(*b*) grants to any person to whom electrical power is supplied by the municipality or commission, special terms by way of bonus or otherwise as to the rates to be paid for electrical power or as to the terms at which they are to be supplied;

(*c*) neglects or refuses to carry out any direction of the Corporation given under section 98;

(*d*) by any means whatsoever, directly or indirectly reduces the cost of electrical power to any person so that it is supplied to such person at a

qu'imposent les municipalités produisant ou recevant et distribuant de l'électricité, sont assujettis en permanence à l'approbation et au contrôle de la Société; il en est de même des tarifs, loyers et frais qu'impose toute compagnie ou personne physique distribuant de l'électricité provenant de la Société.

(2) Malgré la présente loi, la Société peut, lorsqu'elle estime qu'il y a lieu de le faire dans l'intérêt des municipalités ayant conclu des contrats avec elle, fixer, par ordre, les tarifs imposés par la municipalité ou la commission municipale [. . .] pour l'électricité fournie par la Société.

. . .

98. Lorsque, à l'examen des comptes de la municipalité ou commission municipale qui reçoit de l'électricité de la Société en vertu d'un contrat conclu entre les deux parties en vertu de la présente loi, la Société constate qu'il y a un arriéré de paiement pour l'électricité fournie par cette municipalité ou commission municipale, ou pour les loyers, taxes, coûts et frais relatifs à l'approvisionnement en électricité ou à l'installation des ouvrages qui y sont afférents, et que cette municipalité ou commission municipale n'a pas engagé la procédure nécessaire pour recouvrer l'arriéré, la Société peut donner les directives qu'elle estime indiquées, par écrit et portant la signature du président du conseil d'administration ou du secrétaire, pour le recouvrement de cet arriéré par toutes les méthodes possibles, auquel cas il incombe à la municipalité ou commission municipale intéressée d'engager sans délai, dès la réception des directives, la procédure nécessaire pour y donner suite.

99. La municipalité ou commission municipale recevant de l'électricité provenant de la Société en vertu d'un contrat conclu avec cette dernière en vertu de la présente loi, et qui:

a) pourvoit à l'approvisionnement en électricité de quiconque à des conditions et prix différents de ceux qui ont été approuvés par la Société;

b) accorde à quiconque est approvisionné en électricité par la municipalité ou commission municipale, des conditions spéciales à l'égard des tarifs d'électricité, notamment sous forme de primes, ou à l'égard des conditions d'approvisionnement;

c) néglige ou refuse d'exécuter une directive donnée par la Société en vertu de l'article 98;

d) réduit directement ou indirectement, par quelque moyen que ce soit, le coût de l'électricité fournie à une personne, de manière que l'électricité soit

lower rate or upon better terms than those approved of by the Corporation;

(*e*) fails to keep accounts in the manner prescribed by the Corporation or makes improper entries therein, or charges against any account items not properly chargeable thereto,

such municipal corporation or municipal commission is guilty of an offence, and every member of the municipal council of such municipal corporation or every member of the municipal commission, as the case may be, is disqualified from sitting and voting in the council or from election thereto, or from acting as a member of the municipal commission or being appointed thereto, and from holding any other municipal office for a period of five years from the date of the judgment or order declaring his disqualification, and proceedings may be taken against him in the same manner as in the case of a member of a municipal council who has become disqualified or has forfeited his seat under the *Municipal Act*, but no member of the municipal council or of the municipal commission, as the case may be, shall be found to be so disqualified who proves to the satisfaction of the court or judge before whom the application for a declaration of his disqualification is made, that he was not a party to the offence and that he did everything in his power to prevent the commission of the offence.

(Now R.S.O. 1990, c. P.18, ss. 113(1) and (2), 117 and 118.)

III. Judgments Below

A. *Ontario District Court* (Kinsman Dist. Ct. J.)

The trial judge found that the original application for the provision of electrical services to the Co-op by the Town, signed in 1954, was a contract, but that this contract ended in 1966 with the creation of the Hydro Electric Commission of Kenora, since the Town was no longer authorized to supply electricity. In the result, Kenora Hydro could not claim in breach of contract.

The trial judge did find, however, that the facts supported a claim in *quantum meruit*, in that there

fournie à cette personne à un tarif inférieur à celui qui est établi par la Société ou à de meilleures conditions que celles approuvées par cette dernière;

e) omet de tenir des comptes de la manière prescrite par la Société, y fait des inscriptions incorrectes ou impute à un compte des articles qu'il n'y a pas lieu d'y imputer,

est coupable d'une infraction, par suite de laquelle chaque membre du conseil de cette municipalité ou de cette commission municipale n'est plus admissible, selon le cas, à siéger au conseil, à voter ou à y être élu, à agir à titre de membre de la commission municipale ou à y être nommé, ou à occuper une fonction municipale pendant les cinq ans qui suivent la date du jugement ou de l'ordonnance portant inadmissibilité, auquel cas des procédures peuvent être intentées contre ce membre au même titre qu'un conseiller municipal frappé d'inadmissibilité ou déchu de sa charge en vertu de la *Municipal Act*. L'inadmissibilité ne peut cependant être prononcée contre le membre du conseil municipal ou de la commission municipale, selon le cas, qui prouve de façon convaincante au tribunal ou au juge saisi d'une requête en vue d'obtenir une déclaration d'inadmissibilité, qu'il n'était pas partie à l'infraction et qu'il a fait tout ce qui était en son pouvoir pour en empêcher la perpétration.

(Maintenant *Loi sur la Société de l'électricité*, L.R.O. 1990, ch. P.18, art. 113(1) et (2), 117 et 118.)

III. Les juridictions inférieures

A. *Cour de district de l'Ontario* (le juge Kinsman)

Le juge de première instance a conclu que la demande initiale de prestation de services d'approvisionnement en électricité à la Coop par la ville, qui avait été signée en 1954, était un contrat, mais que ce contrat avait pris fin, en 1966, avec la création de la Commission hydro-électrique de Kenora, puisque la ville n'était alors plus autorisée à fournir l'électricité. En définitive, Kenora Hydro ne pouvait intenter une action fondée sur une violation de contrat.

Toutefois, le juge de première instance a conclu que les faits justifiaient une demande fondée sur le

had been a request for services, and the provision of those services in circumstances in which it was reasonable to expect reimbursement. The Co-op argued that Kenora Hydro was estopped by its own negligence from recovering on this basis. The trial judge agreed, holding that Kenora Hydro was negligent in exchanging billing information by telephone without written confirmation and in failing to have any policy to check the accuracy of billings. Given that the prices for dairy products were set by the milk marketing board, it was not possible for the Co-op to raise its prices to offset this debt. To require the Co-op to reimburse Kenora Hydro for an error caused by Kenora Hydro's own carelessness would be to impose an unjust burden on the Co-op.

quantum meruit, étant donné qu'il y avait eu demande de services et prestation de ces services dans des circonstances où il était raisonnable de s'attendre à un remboursement. La Coop a soutenu que Kenora Hydro était, en raison de sa propre négligence, irrecevable à effectuer des recouvrements pour ce motif. Le juge de première instance a retenu cet argument, concluant que Kenora Hydro avait fait preuve de négligence en échangeant par téléphone des renseignements en matière de facturation sans aucune confirmation écrite, et en n'appliquant pas une politique de vérification de l'exactitude des factures. Puisque les prix des produits laitiers étaient fixés par l'office de commercialisation du lait, la Coop ne pouvait majorer ses prix pour compenser cette créance. Ce serait imposer un fardeau injuste à la Coop que d'exiger qu'elle rembourse Kenora Hydro à la suite d'une erreur due à la propre incurie de cette dernière.

The trial judge rejected the argument of Kenora Hydro that, following *Maritime Electric*, *supra*, the Co-op was barred from arguing estoppel, given that a positive statutory duty existed which compelled Kenora Hydro to collect the amounts erroneously not charged. The trial judge noted that this case was distinguishable from *Maritime Electric* in that negligence was there neither argued nor found. Moreover, in this case there was no statutory imperative in any of the relevant Ontario legislation that could be said to impose an "absolute duty to charge for all electricity supplied, regardless of human errors in calculation of the account to be charged". While any municipal commission which supplied electricity at a rate lower than that approved by Ontario Hydro was guilty of an offence, it could not be said that Kenora Hydro had deliberately charged a lesser rate than those prescribed. It was the multiplier used to determine the level of consumption that was incorrect, not the charge per kilowatt hour of power consumed. In the result, the trial judge dismissed the appellant's claim.

Le juge de première instance a rejeté l'argument de Kenora Hydro, selon lequel la Coop ne pouvait, à la suite de l'arrêt *Maritime Electric*, précité, invoquer la fin de non-recevoir puisque Kenora Hydro avait une obligation positive légale de percevoir les montants non facturés par erreur. Le juge de première instance a fait remarquer que la présente affaire pouvait être distinguée de l'affaire *Maritime Electric* en ce que, dans ce dernier cas, on n'avait ni allégué la négligence ni conclu à son existence. Par ailleurs, les lois ontariennes pertinentes en l'espèce ne renfermaient aucune exigence dont on pouvait dire qu'elle imposait [TRADUCTION] «une obligation absolue de faire payer toute l'électricité fournie, indépendamment de toute erreur humaine dans le calcul du compte». Même si toute commission municipale qui fournissait de l'électricité à un tarif moins élevé que celui approuvé par Ontario Hydro se rendait coupable d'une infraction, on ne pouvait affirmer que Kenora Hydro avait délibérément exigé un tarif moins élevé que ceux prescrits. C'était le multiplicateur utilisé pour déterminer le niveau de consommation qui était incorrect, non pas le montant exigé par kilowattheure d'électricité consommé. En définitive, le juge de première instance a rejeté l'action de l'appelante.

B. *Ontario Court of Appeal* (1992), 7 O.R. (3d) 385 (Robins, McKinlay and Arbour JJ.A.)

Arbour J.A., for the court, noted that the appellant Kenora Hydro had conceded that the only possible bar to the respondent Co-op's reliance on the doctrine of estoppel was the application of the rule in *Maritime Electric*. Arbour J.A. framed the issue on the appeal in the following terms (at p. 390):

> The issue, therefore, in this appeal is whether the legislation declares a public policy of rate non-discrimination which imposes an obligation on the appellant to collect the same charges from all customers of the same class. In other words, would the application of the doctrine of estoppel in favour of the respondent have the effect, indirectly, of providing the respondent with a rate different than the rate charged to other consumers of the same class and, if so, would that be in contravention of the public policy expressed by the combined effect of the *Public Utilities Act*, R.S.O. 1980, c. 423 (now R.S.O. 1990, c. P.52) and the *Power Corporation Act*, R.S.O. 1980, c. 384 (now R.S.O. 1990, c. P.18)?

Arbour J.A. also noted that the case law following *Maritime Electric* had affirmed the proposition that a defendant will be precluded from setting up a defence of estoppel if the estoppel would operate so as to defeat a positive statutory obligation or effect results which contravene public policy. After setting out the relevant statutory provisions, Arbour J.A. held that the requirement to charge only rates approved by Ontario Hydro was irrelevant to the issue in the case before her, since Kenora Hydro had not purported to charge the Co-op at a rate other than those approved.

Arbour J.A. held that the relevant statutory provisions were those dealing not with charging for the supply of power, but rather with the collection of arrears. Arbour J.A. found no statutory duty on Kenora Hydro to collect all arrears, and no offence for the failure to collect them. It was only an

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (1992), 7 O.R. (3d) 385 (les juges Robins, McKinlay et Arbour)

Le juge Arbour, s'exprimant au nom de la cour, a fait remarquer que l'appelante Kenora Hydro avait reconnu que l'application de la règle établie dans l'arrêt *Maritime Electric* constituait la seule façon d'empêcher la Coop intimée d'invoquer la théorie de la fin de non-recevoir. Voici comment le juge Arbour a formulé la question qui se posait alors (à la p. 390):

> [TRADUCTION] Il s'agit donc, en l'espèce, de déterminer si la loi en question énonce une politique générale de non-discrimination en matière de tarifs, qui impose à l'appelante une obligation de percevoir les mêmes montants de tous les clients de la même catégorie. En d'autres termes, l'application de la théorie de la fin de non-recevoir en faveur de l'intimée aurait-elle indirectement pour effet d'exiger de celle-ci un tarif différent de celui imposé aux autres consommateurs de la même catégorie et, dans l'affirmative, cela irait-il à l'encontre de la politique générale qui ressort de l'effet conjugué de la *Public Utilities Act*, R.S.O. 1980, ch. 423 (maintenant *Loi sur les services publics*, L.R.O. 1990, ch. P.52) et de la *Power Corporation Act*, R.S.O. 1980, ch. 384 (maintenant *Loi sur la Société de l'électricité*, L.R.O. 1990, ch. P.18)?

Le juge Arbour a fait également remarquer que la jurisprudence qui avait suivi l'arrêt *Maritime Electric* avait confirmé la proposition qu'un défendeur ne puisse opposer la fin de non-recevoir comme moyen de défense lorsque cela aurait pour effet de contrecarrer une obligation légale positive ou de produire des résultats contraires à une politique générale. Après avoir exposé les dispositions législatives pertinentes, madame le juge Arbour a conclu que l'exigence de n'imposer que les tarifs approuvés par Ontario Hydro n'avait rien à voir avec l'affaire dont elle était saisie puisque Kenora Hydro n'avait pas voulu imposer à la Coop un tarif différent de ceux approuvés.

Le juge Arbour a conclu que les dispositions législatives pertinentes étaient celles qui portaient non pas sur la demande de paiement de l'électricité fournie, mais bien sur la perception d'arriérés de paiement. Le juge Arbour a décidé que Kenora Hydro n'avait aucune obligation légale de perce-

offence to fail to follow the directions of Ontario Hydro to collect, should it choose to give such directions. She concluded (at pp. 393-94):

It must then follow that the failure to collect arrears, unless so ordered by Ontario Hydro, does not amount to supplying power "at a lower rate or upon better terms" than those approved by Ontario Hydro. I think that the failure to recover the amount by which a customer was mistakenly underbilled does not amount to giving that customer a lower rate or better terms than other customers in the same class, in the context of a statutory scheme which leaves the collection of arrears, which are due and owing under s. 27(3) of the *Public Utilities Act*, in the discretion of the body empowered to supervise and approve rates and charges.

The appeal was dismissed.

IV. Analysis

Public utilities in Canada operate as highly regulated monopolies which exist for the benefit of the public. The fact, therefore, that this appeal involves such an entity, rather than two private litigants, affects the assessment of the policy concerns which inform the applicable legal principles. In other words, there is a statutory regime operating here which impresses the private dispute with a public interest component.

In my opinion, a review of the relevant case law confirms both that the statutory duty is paramount, and that the public interest is best served by a reading of the statute which recognizes the nature and function of a public utility. The starting point for this review is the judgment of the Privy Council in *Maritime Electric, supra.*

In *Maritime Electric*, the defendant dairy purchased its electricity from the plaintiff utility. Owing to the failure of the utility to incorporate

voir tous les arriérés de paiement et que le défaut de le faire ne constituait pas une infraction. Constituait seulement une infraction le fait de ne pas se conformer aux directives qu'Ontario Hydro pourrait donner en matière de recouvrement. Elle conclut ceci, aux pp. 393 et 394:

[TRADUCTION] Il s'ensuit alors nécessairement que le défaut de percevoir des arriérés de paiement, à moins que cette perception n'ait été ordonnée par Ontario Hydro, n'équivaut pas à la fourniture d'électricité à «un tarif inférieur à celui qui est établi par [Ontario Hydro] ou à de meilleures conditions que celles approuvées par cette dernière». À mon avis, le défaut de recouvrer le montant impayé d'un client qui a été facturé insuffisamment par erreur n'équivaut pas à consentir à ce client un tarif inférieur ou de meilleures conditions qu'aux autres clients de la même catégorie, dans le cadre d'un ensemble législatif qui laisse la perception d'arriérés de paiement, qui sont exigibles en vertu du par. 27(3) de la *Public Utilities Act*, à la discrétion de l'organisme habilité à superviser et à approuver les tarifs et les prix exigés.

L'appel a été rejeté.

IV. Analyse

Au Canada, les entreprises de service public sont des monopoles fortement réglementés qui sont exploités pour l'avantage du public. En conséquence, le fait que le présent pourvoi concerne une telle entité, plutôt que deux parties privées, influe sur l'examen des considérations de principe qui sous-tendent les principes juridiques applicables. En d'autres termes, il existe en l'espèce un régime législatif qui imprègne le litige privé d'un élément d'intérêt public.

À mon avis, un examen de la jurisprudence pertinente permet de confirmer à la fois que l'obligation légale est prépondérante et que l'intérêt public sera mieux servi si on donne à la loi en question une interprétation qui reconnaît la nature et le rôle d'une entreprise de service public. L'arrêt du Conseil privé *Maritime Electric*, précité, constitue le point de départ de cet examen.

Dans l'affaire *Maritime Electric*, la laiterie défenderesse achetait l'électricité de l'entreprise de service public demanderesse. En raison de l'omis-

the requisite multiplier of 10, embossed on the meter, into its calculation of the defendant's bill, the dairy was charged for only one-tenth of the electricity it actually consumed. The error went undiscovered for 29 months. I agree with my colleague that the factual situation in *Maritime Electric* is in all material respects identical to the facts of this appeal, save for the wording of the statutes governing the acts of the utility and of its customers.

sion de l'entreprise de service public d'inclure, dans le calcul de la facture de la défenderesse, le facteur de multiplication par 10, gravé sur le compteur, la laiterie a été facturée pour seulement un dixième de l'électricité qu'elle avait consommée. L'erreur est passée inaperçue pendant 29 mois. Je suis d'accord avec mon collègue pour dire que les faits de l'affaire *Maritime Electric* sont, sous tous rapports importants, identiques à ceux de l'espèce, sauf en ce qui concerne le texte des lois régissant les actions de l'entreprise de service public et de ses clients.

At trial, Richards J. of the New Brunswick Supreme Court allowed the utility's claim, holding that the statutory duty precluded the defence of estoppel. The New Brunswick Court of Appeal agreed with the conclusion of the trial judge on the operation of the statute: [1934] 4 D.L.R. 436.

En première instance, le juge Richards de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick a accueilli l'action de l'entreprise de service public, statuant que l'existence de l'obligation légale empêchait d'opposer la fin de non-recevoir comme moyen de défense. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a accepté la conclusion du juge de première instance quant à l'effet de la loi en cause: [1934] 4 D.L.R. 436.

The Supreme Court of Canada unanimously allowed the dairy's appeal: [1935] S.C.R. 519. The Court considered the effect of the statutory scheme, and concluded that it did not operate as a bar to the effectiveness of the defence of estoppel. Section 16 of *The Public Utilities Act*, R.S.N.B. 1927, c. 127, provided:

La Cour suprême du Canada a accueilli à l'unanimité le pourvoi formé par la laiterie: [1935] R.C.S. 519. Notre Cour a examiné l'incidence de l'ensemble législatif et a conclu qu'il n'avait pas pour effet de faire obstacle à l'efficacité du moyen de défense de la fin de non-recevoir. L'article 16 de *The Public Utilities Act*, R.S.N.B. 1927, ch. 127, était conçu ainsi:

16. No public utility shall charge, demand, collect or receive a greater or less compensation for any service, than is prescribed in such schedules as are at the time established, or demand, collect or receive any rates, tolls or charges not specified in such schedules.

[TRADUCTION] **16.** Aucune entreprise de service public ne doit imputer, exiger, percevoir ni recevoir, pour un service, une indemnité supérieure ou inférieure à l'indemnité prescrite dans les indicateurs établis à l'époque, ni exiger, percevoir ni recevoir des tarifs, droits ou frais non spécifiés dans de tels indicateurs.

Section 18 of that Act provided that any public utility charging or receiving more or less than the prescribed compensation was guilty of unjust discrimination and liable to a penalty. Section 19 made it an offence for the customer knowingly to receive power at a lesser rate.

En vertu de l'art. 18 de la même loi, était coupable de discrimination et passible d'une peine toute entreprise de service public qui exigeait ou recevait une indemnité supérieure ou inférieure à celle prescrite. L'article 19 prévoyait que commettait une infraction le client qui recevait sciemment l'électricité à un tarif inférieur.

Dysart J., for the Court, held that there was nothing in the intent or wording of the statute that

Le juge Dysart, s'exprimant au nom de la Cour, conclut que rien dans l'objet ou dans le texte de la

precluded reliance on the defence of estoppel as an evidentiary rule (at p. 527):

> The foregoing cases show that, however imperative may be a statutory duty, the proof of any alleged violation thereof must be made in accordance with the established rules of evidence, and that by one of these rules — that is, estoppel — claims, otherwise sound, may not be susceptible to proof at all.

He went on to note (at p. 529):

> [Section 16 of the Act] imposes a duty which cannot be avoided "by contract" nor "by any device." It aims, we think, to prevent all "unjust discrimination" and all *dishonest* evasion. At the same time, there is nothing to suggest that it ought not to be construed in the light of the law of the land, and enforced in courts according to the prevailing law as to evidence and procedure. When viewed in this way, it does not preclude estoppel which, as we have seen, is only a rule of evidence available in courts, and when applied may assist in ascertaining that the statute has been not evaded but fully met in its requirements. [Emphasis in original.]

On appeal to the Privy Council, Lord Maugham, in allowing the appeal, rejected this approach and held that the relevant consideration was the nature of the duty imposed by the statute (at p. 613):

> The sections of the Public Utilities Act which are here in question are sections enacted for the benefit of a section of the public, that is, on grounds of public policy in a general sense. In such a case. . . where as here the statute imposes a duty of a positive kind, not avoidable by the performance of any formality, for the doing of the very act which the plaintiff seeks to do, it is not open to the defendant to set up an estoppel to prevent it. This conclusion must follow from the circumstance that an estoppel is only a rule of evidence. . . it cannot therefore avail in such a case to release the plaintiff from an obligation to obey such a statute, nor can it enable the defendant to escape from a statutory obligation of such a kind on his part.

Loi n'empêche d'invoquer le moyen de défense de la fin de non-recevoir à titre de règle de preuve (à la p. 527):

> [TRADUCTION] La jurisprudence qui précède montre que, si impérative que puisse être une obligation légale, la preuve qu'on y a manqué doit être faite conformément aux règles de preuve établies, et qu'en vertu de l'une d'elles, la fin de non-recevoir, il est possible que des actions par ailleurs bien fondées ne puissent faire l'objet d'aucune preuve.

Il souligne ensuite, à la p. 529:

> [TRADUCTION] [L'article 16 de la Loi] impose une obligation qui ne peut être contournée «par contrat» ou «par tout moyen». À notre avis, cette disposition vise à empêcher toute «discrimination» et toute dérobade *malhonnête*. En même temps, rien n'indique qu'elle ne devrait pas être interprétée en fonction de la loi du pays et être appliquée par les tribunaux conformément au droit en vigueur en matière de preuve et de procédure. Vue sous cet angle, cette disposition n'empêche pas d'invoquer la fin de non-recevoir qui, comme nous l'avons vu, est seulement une règle de preuve susceptible d'être utilisée devant les tribunaux, et lorsqu'elle est appliquée, elle peut aider à s'assurer que les exigences de la loi ont été pleinement respectées et non contournées. [En italique dans l'original.]

Lors de l'appel devant le Conseil privé, lord Maugham, en accueillant l'appel, rejette ce point de vue et statue que le facteur pertinent est la nature de l'obligation imposée par la loi (à la p. 613):

> [TRADUCTION] Les articles de la Public Utilities Act dont il est question en l'espèce ont été adoptés à l'avantage d'une partie du public, c'est-à-dire pour des motifs d'intérêt public au sens large. En pareil cas [. . .], comme en l'espèce, si la loi impose une obligation positive, à laquelle on ne peut pas se soustraire par l'exécution d'une formalité, pour l'accomplissement de l'acte que la demanderesse veut justement accomplir, il n'est pas loisible à la défenderesse d'invoquer une fin de non-recevoir pour l'en empêcher. Cette conclusion s'impose du fait que la fin de non-recevoir n'est qu'une règle de preuve [. . .]; par conséquent, elle ne peut servir en pareil cas à libérer la demanderesse de l'obligation de se conformer à une loi de cette nature ni à permettre à la défenderesse de se soustraire à une telle obligation légale.

The question, then, is whether it is the statutory obligation, or the plea of estoppel, that is to be treated as paramount. I agree with the reasoning of the Privy Council that it must be the statute which takes priority. The law in this area has been settled for some time and, in my view, the concerns which animated its development in this fashion are arguably no less operative today than they were at the time that *Maritime Electric* was decided. As noted above, it cannot be overlooked that public utilities are highly regulated monopolies operating for the equal benefit of all citizens such that essential services are furnished on reasonable terms.

When this issue has been considered in other jurisdictions and in subsequent Canadian lower court decisions, the results, with few exceptions, have been an affirmation of these principles, and their application in a liberal and purposive fashion. For example, in *Re Inter-City Gas Utilities Ltd. and Ebner* (1977), 76 D.L.R. (3d) 708 (Man. Q.B.), Morse J. considered whether the utility could recover for underbilling caused by the negligence of its employee in relying on continuous estimations rather than actual meter readings. In holding that the defendant could not rely on the defence of estoppel, Morse J. noted that the statutory scheme prohibited rate discrimination or preferences, and required that only rates approved by the Board be levied. Specifically, *The Public Utilities Board Act*, R.S.M. 1970, c. P280, provided that:

> **82(1)** No owner of a public utility shall
>
> (a) make, impose or exact any unjust or unreasonable, unjustly discriminatory, or unduly preferential, individual or joint rate... or other special rate, toll, fare, charge, or schedule, for any product or service supplied or rendered by it....

Il s'agit alors de déterminer si ce qui doit être considéré comme prépondérant est l'obligation légale ou le moyen de défense de la fin de non-recevoir. Je souscris au raisonnement du Conseil privé que c'est la loi qui doit avoir priorité. Le droit en cette matière est établi depuis un certain temps et, à mon avis, les préoccupations qui sous-tendent son évolution en ce sens sont, pourrait-on soutenir, tout autant valables aujourd'hui qu'elles l'étaient à l'époque de l'arrêt *Maritime Electric*. Comme je l'ai déjà fait remarquer, on ne peut ignorer le fait que les entreprises de service public sont des monopoles fortement réglementés qui visent à procurer un avantage égal à tous les citoyens de manière à fournir les services essentiels à des conditions raisonnables.

Lorsque cette question a été examinée dans d'autres ressorts et dans des décisions subséquentes d'autres tribunaux d'instance inférieure canadiens, ces principes ont, à quelques rares exceptions près, été confirmés et appliqués d'une façon libérale et fondée sur l'objet visé. Par exemple, dans l'arrêt *Re Inter-City Gas Utilities Ltd. and Ebner* (1977), 76 D.L.R. (3d) 708 (B.R. Man.), le juge Morse a examiné si l'entreprise de service public pouvait recouvrer un montant impayé résultant d'une facturation insuffisante attribuable à la négligence dont son employé avait fait preuve en se fiant à des estimations permanentes de consommation plutôt qu'à des relevés de compteur. En statuant que le défendeur ne pouvait opposer la fin de non-recevoir comme moyen de défense, le juge Morse a souligné que l'ensemble législatif interdisait toute discrimination ou préférence en matière de tarifs et prévoyait que seuls les tarifs approuvés par la Régie pouvaient être imposés. Plus précisément, la *Loi sur la Régie des services publics*, L.R.M. 1987, ch. P280 (à l'époque R.S.M. 1970, ch. P280) prévoyait ceci:

> **82 (1)** Le propriétaire d'un service public ne peut:
>
> a) établir, imposer ou percevoir un taux, un taux d'abonnement [...] ou autre taux spécial, un tarif, un prix de billets, une charge, un barème de taux individuel ou conjoint, injuste, déraisonnable, injustement discriminatoire ou indûment préférentiel pour un produit fourni ou un service rendu...

(b) without the written authorization of the board... make, impose, exact, or collect, any rate, toll, fare, or charge, or any schedule of rates....

. . .

(e) make or give, directly or indirectly, any undue or unreasonable preference or advantage to any person or corporation, or to any locality... or subject any particular person or corporation or locality... to any prejudice or disadvantage in any respect whatsoever;

After considering these provisions, Morse J. concluded (at p. 711):

In my opinion, the Act requires a public utility to impose the rates fixed or authorized by the Board, and to collect from its customers the amount determined by those rates. It follows, therefore, that the customers themselves are bound to pay the amount determined by those rates. Penalties are imposed for any violations of the provisions of the Act....

Although the statute in question was not identical in its wording to that considered in *Maritime Electric*, Morse J. held that it was sufficient that it was the same in its general purpose and effect.

In *Roma Electric Light and Power Co. v. Hair*, [1955] St.R.Qd. 311 (Cir. Ct.), the defendant sawmill owner argued that it had relied on the bills rendered by the plaintiff utility in setting the prices it would pay to its suppliers for timber. Townley J. held that the utility was not estopped from recovering amounts not billed to a customer arising from negligence on the part of the company's employees in failing to factor in the appropriate multiplier.

The characterization of the statutory scheme required an examination of multiple pieces of legislation. Townley J. noted that *The Electric Light and Power Acts,* 1896 *to* 1946, provided that the maximum price charged was to be fixed by Order in Council. The utility was prohibited from showing any undue preference to its customers, but was given the discretion to charge as it wished within

b) sans l'autorisation écrite de la Régie [...] établir, imposer, percevoir ou recevoir un taux, un tarif, un prix de billets, une charge ou un barème de taux...

. . .

e) établir ou donner, directement ou indirectement, une préférence indue ou déraisonnable ou un avantage à une personne, une corporation, une localité [...] ou soumettre une personne, une corporation, une localité [...] à un préjudice ou à un désavantage à quelque titre que ce soit;

Après avoir examiné ces dispositions, le juge Morse conclut ceci, à la p. 711:

[TRADUCTION] À mon avis, la Loi exige qu'une entreprise de service public impose les taux fixés ou autorisés par la Régie, et perçoive de ses clients le montant ainsi établi. Il s'ensuit donc que les clients eux-mêmes sont tenus de payer le montant ainsi établi. Des peines sont prévues en cas de violation des dispositions de la Loi...

Bien que le texte de la loi en question n'ait pas été identique à celui de la loi examinée dans l'arrêt *Maritime Electric*, le juge Morse a conclu qu'il suffisait qu'elle ait un objet et un effet généraux similaires.

Dans l'arrêt *Roma Electric Light and Power Co. c. Hair*, [1955] St.R.Qd. 311 (C. cir.), le défendeur, propriétaire d'une scierie, soutenait qu'il s'était fié aux factures que lui avait envoyées l'entreprise de service public demanderesse pour fixer les prix qu'il paierait à ses fournisseurs de bois. Le juge Townley a conclu que l'entreprise de service public n'était pas irrecevable à recouvrer les montants non facturés à un client en raison de la négligence dont les employés de la compagnie avaient fait preuve en n'utilisant pas le facteur de multiplication approprié.

La qualification de l'ensemble législatif nécessitait l'examen de nombreux textes de loi. Le juge Townley a fait remarquer que *The Electric Light and Power Acts* de 1896 à 1946 prévoyaient que le prix maximal à exiger devait être fixé par décret. Il était interdit à l'entreprise de service public de faire preuve d'une préférence indue envers ses clients, mais elle avait le pouvoir discrétionnaire

the set maximum. In addition, the relevant portions of *The State Electricity Acts,* 1937 *to* 1945, mandated that the utility "shall charge or be entitled to receive" the prices for electricity fixed by the State Electricity Commission.

Townley J. held that the statutory scheme was not materially different from the one in *Maritime Electric.* In the view of Townley J., the result of the multiplier error could be viewed in either of two ways: the defendant was supplied with energy for which it was not charged, or it was charged and paid for the energy supplied at a lower than approved rate. The multiplier error therefore produced discrimination. He allowed the utility's claim.

Significantly, the absence of a provision equivalent to the one in *Maritime Electric*, which made it an offence for the customer knowingly to receive power at a lesser rate, was not determinative, since "[t]he provisions of the State Electricity Commission Acts to which reference has just been made seem to me to have been enacted just as much for the benefit of the public as the provisions of the Statute under consideration by the Privy Council" (p. 326). There was also no express requirement that the utility collect the amounts that it was entitled to receive. This case, then, provides support for the view that the nature of the obligation imposed by the statute must be arrived at by considering the provisions of the legislation from the perspective of the public policy behind it.

The American position apparently also endorses the principle that estoppel is precluded if it would contradict a statutory duty on the utility to collect amounts owing in full. In *Chesapeake and Potomac Telephone Co. of Virginia v. Bles*, 243 S.E.2d 473 (Va. 1978), the phone company had undercharged a customer for a special local exchange re-routing. The customer was quoted an erroneous cost before choosing the service, and was thereafter billed at this lower rate. Cochran J.

d'imposer le tarif qu'elle voulait à la condition de ne dépasser le prix maximal établi. En outre, les parties pertinentes de *The State Electricity Acts* de 1937 à 1945 exigeaient que l'entreprise [TRADUCTION] «impose ou ait le droit de recevoir» les prix pour l'électricité qui avaient été fixés par la State Electricity Commission.

Le juge Townley a conclu que l'ensemble législatif n'était pas sensiblement différent de celui en cause dans l'affaire *Maritime Electric.* De l'avis du juge Townley, la conséquence de l'erreur relative au facteur de multiplication pouvait être perçue de deux manières: le défendeur a reçu de l'électricité qu'on ne lui a pas demandé de payer, ou encore il a reçu et payé l'électricité fournie à un tarif inférieur à celui approuvé. L'erreur relative au multiplicateur avait donc engendré de la discrimination. Le juge Townley a accueilli l'action de l'entreprise de service public.

Il est important de signaler que l'absence d'une disposition équivalente à celle examinée dans l'arrêt *Maritime Electric*, qui prévoyait que commettait une infraction le client qui recevait sciemment de l'électricité à un tarif moindre, n'a pas été déterminante puisque [TRADUCTION] «[l]es dispositions des State Electricity Commission Acts, que l'on vient de mentionner, me semblent avoir été adoptées autant à l'avantage du public que celles de la loi examinée par le Conseil privé» (p. 326). De plus, il n'y avait aucune exigence explicite que l'entreprise perçoive les montants auxquels elle avait droit. Cet arrêt appuie donc le point de vue selon lequel la nature de l'obligation légale doit être déterminée en examinant la politique générale qui sous-tend les dispositions de la loi qui l'impose.

Il appert qu'aux États-Unis on souscrit également au principe que la fin de non-recevoir ne saurait être invoquée lorsqu'elle aurait pour effet de contrecarrer l'obligation légale qu'une entreprise de service public a de percevoir en totalité les montants qui lui sont dus. Dans l'arrêt *Chesapeake and Potomac Telephone Co. of Virginia c. Bles*, 243 S.E.2d 473 (Virginie 1978), la compagnie de téléphone avait demandé un montant insuffisant à un client pour un réacheminement spécial de cen-

held that, since the statute mandated that customers be charged uniformly, the utility could not be estopped by its negligence from collecting. Cochran J. rejected the argument that estoppel could operate since the statute prohibited overcharging, but not collection of less than the requisite amount. He stated that the purpose of the statute was to prevent discrimination amongst customers, and the effect of permitting an undercharge to stand was therefore to violate the statute.

tral local. Le client s'était vu proposer un coût erroné avant de choisir le service et sa facture avait par la suite été établie selon ce tarif inférieur. Le juge Cochran a conclu que, puisque la Loi exigeait d'imposer un tarif uniforme aux clients, l'entreprise de service public ne pouvait, en raison de sa négligence, être irrecevable à percevoir les montants en question. Le juge Cochran a rejeté l'argument que la fin de non-recevoir pouvait s'appliquer puisque la Loi interdisait la facturation excessive, mais non la perception de montants inférieurs au montant requis. Il a affirmé que la loi en question visait à empêcher la discrimination entre les clients, et permettre le maintien d'une facturation insuffisante irait donc à l'encontre de cette loi.

Similarly, in *Corp. de Gestion Ste-Foy, Inc. v. Florida Power and Light Co.*, 385 So.2d 124 (Fla. Dist. Ct. App. 1980), a power company which had undercharged the owner of an apartment building for three years, because of an employee's misreading of a master electric meter, was held not to be estopped from pleading this error so as to recover the amounts underbilled. The statute prohibited the giving of "any undue or unreasonable preference... to any person or locality...". Schwartz J. held (at p. 126) that:

De même, dans l'arrêt *Corp. de Gestion Ste-Foy, Inc. c. Florida Power and Light Co.*, 385 So.2d 124 (C.A. dist. Floride 1980), on a statué qu'une compagnie d'électricité qui, pendant trois ans, avait exigé un montant insuffisant du propriétaire d'un immeuble d'appartements parce qu'un employé avait mal lu un compteur général, n'était pas irrecevable à invoquer cette erreur pour recouvrer les montants non facturés. La loi applicable interdisait d'accorder [TRADUCTION] «une préférence indue ou déraisonnable... à toute personne ou localité...» Le juge Schwartz conclut, à la p. 126:

> The public policy embodied in this and similar statutory provisions precludes a business whose rates are governmentally regulated from granting a rebate or other preferential treatment to any particular individual. Accordingly, it is universally held that a public utility or common carrier is not only permitted but is required to collect undercharges from established rates....

> [TRADUCTION] La politique générale contenue dans cette disposition et d'autres dispositions législatives similaires empêche une entreprise dont les tarifs sont réglementés par le gouvernement d'accorder un rabais ou un autre traitement préférentiel à un particulier donné. En conséquence, il est universellement reconnu qu'une entreprise de service public ou un transporteur public est non seulement autorisé mais encore tenu de percevoir les montants non facturés selon les tarifs établis...

The court concluded that the equitable doctrine of estoppel was not to be used to effect results which were unlawful or otherwise contrary to public policy.

Le tribunal a conclu que la théorie de la fin de non-recevoir en *equity* ne devait pas servir à produire des résultats illégaux ou par ailleurs contraires à une politique générale.

The American case law adopts an approach which goes even further in permitting recovery by the utility, in reliance on general policy reasons for the statutory prohibition of rate discrimination:

La jurisprudence américaine adopte une position qui va encore plus loin en permettant à une entreprise de service public de recouvrer des sommes d'argent pour des motifs de principe généraux qui

Boone County Sand & Gravel Co. v. Owen County Rural Electric Cooperative Corp., 779 S.W.2d 224 (Ky. Ct. App. 1989); *Memphis Light, Gas & Water Division v. Auburndale School System*, 705 S.W.2d 652 (Tenn. 1986); *Sigal v. City of Detroit*, 362 N.W.2d 886 (Mich. Ct. App. 1985); *Capital Properties Co. v. Public Service Commission*, 457 N.Y.S.2d 635 (App. Div. 1982); *Goddard v. Public Service Co. of Colorado*, 599 P.2d 278 (Colo. Ct. App. 1979); *Laclede Gas Co. v. Solon Gershman, Inc.*, 539 S.W.2d 574 (Mo. Ct. App. 1976); but see *Illinois Power Co. v. Champaign Asphalt Co.*, 310 N.E.2d 463 (Ill. App. Ct. 1974).

The principle that a plea of estoppel will not operate to negative a positive statutory obligation on a corporation or public body is both well accepted and sensible. The equitable doctrine of estoppel is a creation of the courts, and should not lead to the result that the utility, or the customer, is forced to break the law by contravening a statute.

The Court of Appeal in this case relied upon the decision of the New Zealand Supreme Court in *Taranaki Electric-Power Board v. Proprietors of Puketapu 3A Block, Inc.*, [1958] N.Z.L.R. 297, in which the utility was held to be estopped from collecting the amounts erroneously underbilled. In that case the defendant sawmill had been underbilled owing to the faulty connection of its meter. North J. applied the reasoning in *Maritime Electric* to the statute applicable in New Zealand, and concluded that there was no obligation imposed on the utility to collect the full price for all electricity consumed. There was a provision in the *Electric Supply Regulations 1935* (*1935 New Zealand Gazette*, 2946) which mandated that:

21-48. Every consumer within any part of the electrical supply authority's area of supply shall be entitled to a supply of electrical energy on the same terms and conditions as those on which any other consumer within

sous-tendent l'interdiction légale de discrimination en matière de tarifs: *Boone County Sand & Gravel Co. c. Owen County Rural Electric Cooperative Corp.*, 779 S.W.2d 224 (C.A. Kentucky 1989); *Memphis Light, Gas & Water Division c. Auburndale School System*, 705 S.W.2d 652 (Tennessee 1986); *Sigal c. City of Detroit*, 362 N.W.2d 886 (C.A. Michigan 1985); *Capital Properties Co. c. Public Service Commission*, 457 N.Y.S.2d 635 (Div. app. 1982); *Goddard c. Public Service Co. of Colorado*, 599 P.2d 278 (C.A. Colorado 1979); *Laclede Gas Co. c. Solon Gershman, Inc.*, 539 S.W.2d 574 (C.A. Missouri 1976); cependant, voir *Illinois Power Co. c. Champaign Asphalt Co.*, 310 N.E.2d 463 (C.A. Illinois 1974).

Le principe selon lequel le moyen de défense de la fin de non-recevoir n'aura pas pour effet d'annuler une obligation positive imposée par la loi à une société ou à un organisme public est à la fois bien accepté et raisonnable. La théorie de la fin de non-recevoir en *equity* est une création des tribunaux et ne devrait pas faire en sorte que l'entreprise de service public, ou le client, soit forcée de tomber dans l'illégalité en contrevenant à une loi.

En l'espèce, la Cour d'appel s'est fondée sur l'arrêt *Taranaki Electric-Power Board c. Proprietors of Puketapu 3A Block, Inc.*, [1958] N.Z.L.R. 297, dans lequel la Cour suprême de la Nouvelle-Zélande a statué que l'entreprise de service public en cause était irrecevable à percevoir les montants non facturés par erreur. Dans cet arrêt, la scierie défenderesse s'était vu facturer des montants insuffisants à cause d'une mauvaise connexion de son compteur. Le juge North a appliqué le raisonnement de l'arrêt *Maritime Electric* à la loi applicable en Nouvelle-Zélande et il a conclu que l'entreprise de service public n'était pas tenue de percevoir le plein prix de l'électricité consommée. Une disposition de l'*Electric Supply Regulations 1935* (*1935 New Zealand Gazette*, 2946) prévoyait:

[TRADUCTION] 21-48. Tout consommateur à l'intérieur d'un secteur d'approvisionnement de la commission de l'électricité a droit à un approvisionnement en électricité aux mêmes conditions que celles auxquelles un autre

such part of the area is receiving in similar circumstances a corresponding supply.

However, given that this was the only restriction of note on the Power Board, and given that the Board could sell electricity at the rates at which it wished, North J. held that the statutory scheme was insufficient to preclude an estoppel being raised. There was no indication that the defendant had been charged a lower rate than anyone else; the error was in the calculation of the amount of power consumed. Ultimately, the only problem with failing to collect the arrears was that the utility might be open to a claim from another consumer for similar treatment, but that was not an illogical or impermissible result.

In my view, this case is not authority for the proposition that, given the statutory scheme in this appeal, the respondent is entitled to rely on the defence of estoppel. I say this for several reasons.

First, the statute in *Taranaki* was drafted to prescribe uniformity of rates only within very narrow conditions. There was no provision similarly unequivocal to that contained in s. 99(*d*) of the *Power Corporation Act*. Second, on the facts of this appeal, I do not see how it would be possible, within the dictates of the relevant statutes, for other ratepayers to demand treatment similar to that of the respondent Co-op. Third, I disagree with the distinction drawn in *Taranaki*, and in the reasons of the Court of Appeal, between the supplying of power at a lower rate, and the failure to charge for the entire amount of power consumed. This would mean that Kenora Hydro would be estopped from recovering whenever one of its employees negligently mistranscribed the multiplier on the meter, but would be able to recover if the error was made in selecting and applying the appropriate rate. To me, such a distinction is artificial.

consommateur de ce secteur reçoit, dans des circonstances similaires, un approvisionnement correspondant.

Toutefois, puisque c'était la seule restriction d'importance à laquelle était assujettie la commission de l'électricité, et que la commission pouvait vendre l'électricité selon les tarifs qu'elle désirait, le juge North a décidé que l'ensemble législatif était insuffisant pour empêcher d'invoquer une fin de non-recevoir. Rien n'indiquait que la défenderesse s'était vu imposer un tarif inférieur à tout autre consommateur; il s'agissait d'une erreur de calcul de la quantité d'électricité consommée. Finalement, le seul problème posé par la non-perception de l'arriéré était que l'entreprise de service public risquait de se voir demander un traitement similaire par un autre consommateur, mais ce n'était pas là un résultat illogique ou inacceptable.

À mon avis, cet arrêt ne permet pas d'affirmer que, compte tenu de l'ensemble législatif en l'espèce, l'intimée a le droit d'opposer la fin de non-recevoir comme moyen de défense. Je dis cela pour plusieurs raisons.

Premièrement, la loi examinée dans l'arrêt *Taranaki* prescrivait l'uniformité des tarifs seulement dans des conditions très restreintes. Elle ne renfermait aucune disposition aussi claire que l'al. 99*d*) de la *Power Corporation Act*. Deuxièmement, d'après les faits du présent pourvoi, je ne vois pas comment d'autres contribuables pourraient, selon ce que dictent les lois pertinentes, exiger un traitement semblable à celui accordé à la Coop intimée. Troisièmement, je ne suis pas d'accord avec la distinction, que l'on fait dans l'arrêt *Taranaki* et dans les motifs de la Cour d'appel, entre l'approvisionnement en électricité à un tarif inférieur et l'omission de facturer la totalité de l'électricité consommée. Cela signifierait que Kenora Hydro serait irrecevable à effectuer un recouvrement chaque fois que l'un de ses employés a, par négligence, transcrit le mauvais multiplicateur figurant sur le compteur, mais qu'elle pourrait en effectuer un si l'erreur a été commise en choisissant et en appliquant le tarif approprié. À mon avis, il s'agit d'une distinction artificielle.

The respondent Co-op cites one other case in which the court allowed the defence of estoppel despite the presence of a regulatory statute. In *Ontario Hydro v. Ram's Horn Holding Ltd.*, Ont. Dist. Ct., No. 256034/85, June 25, 1987, unreported, Campbell Dist. Ct. J. considered a claim for amounts not billed arising from a faulty potential fuse. He dismissed the utility's claim, distinguishing *Maritime Electric* on the following grounds:

> There are two important factual differences between the case before me and the *Maritime Electric* case. In the latter case the meter was accurate and hence there was a specific and demonstrable quantity of electricity to be charged, with the mistake relating only to a gross arithmetic error in calculating the amount to be charged. Secondly, in the case before me the Plaintiff's governing statute, The Power Corporation Act, R.S.O. 1980, chapter 384, by section 90 empowers the Plaintiff to set rates for charge (all billings to the Defendant conformed to such rates) but nowhere does the statute mandate the absolute duty to charge for all electricity supplied regardless of problems in measurement.

As I have noted above, I find untenable the distinctions among billing errors caused by arithmetic miscalculation, the application of an incorrect rate, and the failure to charge for all power consumed. Moreover, and most importantly, I am of the view that the reasoning of the Privy Council in *Maritime Electric* simply requires the existence of a positive statutory duty on either the utility, or the customer, or both, that would be contradicted by permitting the defence of estoppel. The specific words or formulation of the duty are not important; it may be express or implied. It need not take the form of an explicit duty to collect, as opposed to a duty to treat all customers of the same class equally. Ultimately, the presence or absence of such a duty must be determined, as the American authorities note, not only in light of the words of the statute, but also with respect to the policy which animates it. So long as the courts continue to follow the rule in *Maritime Electric*, it is a waste of judicial resources to apply it in such a manner that a

La Coop intimée cite une autre décision dans laquelle le tribunal a permis d'opposer la fin de non-recevoir comme moyen de défense malgré l'existence d'une loi de nature réglementaire. Dans la décision *Ontario Hydro c. Ram's Horn Holding Ltd.*, C. dist. Ont., nº 256034/85, 25 juin 1987, inédite, le juge Campbell a examiné une réclamation de montants non facturés à cause d'un fusible de tension défectueux. Il a rejeté la demande de l'entreprise de service public en distinguant cette affaire de l'arrêt *Maritime Electric* pour les motifs suivants:

> [TRADUCTION] Il existe deux différences factuelles importantes entre la présente affaire et l'arrêt *Maritime Electric*. Dans ce dernier cas, le compteur était précis et il existait une quantité spécifique et démontrable d'électricité devant être facturée, l'erreur étant seulement une grossière erreur de calcul du montant de la facture. Deuxièmement, en l'espèce, la loi applicable à la demanderesse, la Power Corporation Act, R.S.O. 1980, chapitre 384, plus particulièrement son art. 90, habilite la demanderesse à fixer les tarifs à exiger (toutes les factures envoyées à la défenderesse respectaient ces tarifs), mais elle n'impose aucunement l'obligation absolue de facturer toute l'électricité fournie, indépendamment des problèmes de mesure de consommation.

Comme je l'ai déjà souligné, j'estime insoutenables les distinctions entre les erreurs de facturation résultant d'un mauvais calcul arithmétique, de l'application d'un tarif incorrect et de l'omission de facturer la consommation totale d'électricité. Qui plus est, je suis d'avis que le raisonnement du Conseil privé dans l'affaire *Maritime Electric* exige simplement l'existence d'une obligation légale positive incombant à l'entreprise de service public ou au client, ou aux deux à la fois, que l'on contrecarrait en permettant d'opposer la fin de non-recevoir comme moyen de défense. La formulation même de l'obligation n'est pas importante: elle peut être explicite ou implicite. Il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse d'une obligation de perception explicite par opposition à une obligation de traitement égal de tous les clients de la même catégorie. Finalement, l'existence ou l'inexistence d'une telle obligation doit être déterminée, comme l'indique la jurisprudence américaine, en fonction non seulement du texte de la loi applicable, mais

parsing of the words of the applicable statute is required in every case.

However, even if the statutory duty must be express, I am satisfied that, in this appeal, such a duty exists in the legislative scheme applicable to the appellant utility and its customers.

Section 99 (now s. 118) of the *Power Corporation Act* provides:

99. Where a municipal corporation or a municipal commission receiving electrical power from the Corporation under a contract made with the Corporation under this Act,

(*a*) supplies electrical power to any person upon terms and at rates other than those that have been approved of by the Corporation;

(*b*) grants to any person to whom electrical power is supplied by the municipality or commission, special terms by way of bonus or otherwise as to the rates to be paid for electrical power or as to the terms at which they are to be supplied;

(*c*) neglects or refuses to carry out any direction of the Corporation given under section 98;

(*d*) by any means whatsoever, directly or indirectly reduces the cost of electrical power to any person so that it is supplied to such person at a lower rate or upon better terms than those approved of by the Corporation;

(*e*) fails to keep accounts in the manner prescribed by the Corporation or makes improper entries therein, or charges against any account items not properly chargeable thereto,

such municipal corporation or municipal commission is guilty of an offence....

These sections, in particular paras. (*b*) and (*d*), appear clearly to prohibit the charging of preferential or discriminatory rates. By negligently charging the respondent for only half of the power it

encore de la politique qui la sous-tend. Du moment que les tribunaux continuent de suivre la règle formulée dans l'arrêt *Maritime Electric*, c'est un gaspillage de ressources judiciaires que de l'appliquer de façon à devoir procéder dans chaque cas à une analyse grammaticale du texte de la loi applicable.

Toutefois, même si l'obligation légale doit être explicite, je suis convaincu que, dans le présent pourvoi, l'ensemble législatif applicable à l'entreprise de service public et à ses clients comporte une telle obligation.

L'article 99 (maintenant l'art. 118) de la *Power Corporation Act* prévoit ceci:

[TRADUCTION] **99.** La municipalité ou commission municipale recevant de l'électricité provenant de la Société en vertu d'un contrat conclu avec cette dernière en vertu de la présente loi, et qui:

a) pourvoit à l'approvisionnement en électricité de quiconque à des conditions et prix différents de ceux qui ont été approuvés par la Société;

b) accorde à quiconque est approvisionné en électricité par la municipalité ou commission municipale, des conditions spéciales à l'égard des tarifs d'électricité, notamment sous forme de primes, ou à l'égard des conditions d'approvisionnement;

c) néglige ou refuse d'exécuter une directive donnée par la Société en vertu de l'article 98;

d) réduit directement ou indirectement, par quelque moyen que ce soit, le coût de l'électricité fournie à une personne, de manière que l'électricité soit fournie à cette personne à un tarif inférieur à celui qui est établi par la Société ou à de meilleures conditions que celles approuvées par cette dernière;

e) omet de tenir des comptes de la manière prescrite par la Société, y fait des inscriptions incorrectes ou impute à un compte des articles qu'il n'y a pas lieu d'y imputer,

est coupable d'une infraction...

Ces dispositions, notamment les al. *b*) et *d*), paraissent clairement interdire l'imposition de tarifs préférentiels ou discriminatoires. En facturant par négligence à l'intimée seulement la moitié

consumed during the relevant six-year period, Kenora Hydro has reduced the cost of electrical power to the respondent so that it is, in effect, supplied at a lower rate or on better terms. Failure, then, to collect the amount underbilled contravenes the statutory imperative of rate non-discrimination. In my view, the nature of the penalty provided for the offence, or the mischief which it seeks to remedy through that penalty, is irrelevant to the issue of whether the positive statutory duty exists. I disagree with my colleague that these sections are designed solely to prevent administrative favouritism, collusion, or deliberate rate preferences. Nor does s. 99, in my view, waive the penalty in the case of inadvertent error or negligence.

It is not necessary for there to be an explicit provision requiring Kenora Hydro to take all reasonable or necessary steps to collect the amounts underbilled. This obligation is the logical counterpart of the duty to treat all customers alike. Similarly, I do not consider it determinative that the relevant statutes in this case do not contain an express duty on the customer to pay, or an offence for non-payment. Moneys owing but not paid are a debt in favour of Kenora Hydro. The customer's obligation to pay does not need to be embodied in a statute for the doctrine of estoppel to be precluded, so long as there is a positive statutory duty on the public utility.

In my view, the approach taken by my colleague to the application of the principles of restitution and estoppel to the facts of this appeal falls into the same error as that of Dysart J. in the Supreme Court of Canada in *Maritime Electric*, as noted by the Privy Council on appeal. The assertion of my colleague (at p. 112) that "[t]he *Power Corporation Act* does not express a policy of rate non-discrimination that excludes estoppel or change of position" fuses the object of the analysis with its potential result. It is because the statute expresses,

de l'électricité qu'elle a consommée pendant la période en cause de six ans, Kenora Hydro a réduit le coût de son électricité de sorte qu'elle l'a en fait approvisionné à un tarif inférieur ou à de meilleures conditions. En conséquence, le défaut de percevoir le montant non facturé est contraire à la prescription de tarifs non discriminatoires contenue dans la Loi. À mon avis, ni la nature de la peine prévue pour l'infraction ni le tort qu'elle vise à redresser ne sont pertinents lorsqu'il s'agit de déterminer s'il existe une obligation légale positive. Je ne suis pas d'accord avec mon collègue qui affirme que ces dispositions visent seulement à empêcher le favoritisme administratif, la collusion ou l'établissement délibéré de tarifs préférentiels. Je suis d'avis que l'art. 99 n'écarte pas non plus la peine dans un cas d'erreur commise par inadvertance ou de négligence.

Il n'est pas nécessaire qu'il y ait une disposition exigeant explicitement que Kenora Hydro prenne toutes les mesures raisonnables ou nécessaires pour percevoir les montants non facturés. Cette obligation est le pendant logique de celle de traiter tous les clients sur un pied d'égalité. De même, je ne considère pas déterminant le fait que les lois pertinentes en l'espèce ne renferment pas une obligation explicite pour le client de payer, ou ne prévoient pas une infraction en cas de non-paiement. Les sommes dues et non payées constituent une créance de Kenora Hydro. Il n'est pas nécessaire que l'obligation de payer du client soit prévue dans une loi pour écarter l'application de la théorie de la fin de non-recevoir, du moment qu'une obligation légale positive incombe à l'entreprise de service public.

À mon avis, la façon dont mon collègue aborde l'application des principes de la restitution et de la fin de non-recevoir aux faits du présent pourvoi est entachée de la même erreur que celle que le juge Dysart de notre Cour a commise dans l'arrêt *Maritime Electric* et dont l'existence a été soulignée par le Conseil privé lors de l'appel. En affirmant (à la p. 112) que «[l]a *Power Corporation Act* n'établit pas une politique de non-discrimination en matière de tarifs de nature à écarter le moyen de la fin de non-recevoir ou du changement de situation de

in the form of an obligation on the utility, a policy of rate non-discrimination that the defence of estoppel is excluded.

The amount not collected from the Co-op is a debt owing to Kenora Hydro. As a creditor, the appellant has the legal right to collect on that debt. As a utility operating for the benefit of the public, the appellant has the duty to take reasonable steps to collect on this debt so as not to permit the supply of power to some customers at a cost lower than that charged to others of the same class. This collection is contemplated by s. 98 (now s. 117) of the *Power Corporation Act*, which provides:

98. Where it appears to the Corporation upon examination of the accounts of a municipal corporation or municipal commission receiving power from the Corporation under a contract between the municipal corporation and the Corporation under this Act that there are arrears due and owing for electrical power supplied by the municipal corporation or municipal commission, or for rents, rates, costs and charges in connection with the service or supply of such power or for the installation of any works for such service or supply, and that the municipal corporation or municipal commission has not taken the necessary proceedings for the collection of such arrears, the Corporation may give, in writing, such directions as it considers proper, signed by the chairman or secretary, for the collection of the arrears by any method by which they may be collected, and it is the duty of the municipal corporation or municipal commission forthwith after receiving such directions to take all proceedings necessary to carry them into effect. [Emphasis added.]

Section 99(*c*), reproduced above, makes it an offence to fail to carry out such a direction. These provisions make it clear that such collection, while it will not be pursued in every case, is considered to be the norm.

My colleague characterizes the purpose of the *Power Corporation Act* as solely the prevention of "deliberate, unauthorized discrimination among power customers" (p. 111). In my view, the fact is

fait», mon collègue assimile l'objet de l'analyse à son résultat possible. C'est parce que la Loi exprime une politique de non-discrimination en matière de tarifs, sous forme d'obligation imposée à l'entreprise de service public, que le moyen de défense de la fin de non-recevoir est écarté.

Le montant non perçu de la Coop est une créance de Kenora Hydro. En tant que créancière, l'appelante a, en vertu de la Loi, le droit de recouvrer cette créance. En tant qu'entreprise de service public exploitée pour l'avantage du public, l'appelante est tenue de prendre des mesures raisonnables pour recouvrer cette créance de façon à ne pas permettre que certains clients soient approvisionnés en électricité à un coût inférieur à celui exigé d'autres clients de la même catégorie. Ce recouvrement est prévu à l'art. 98 (maintenant l'art. 117) de la *Power Corporation Act*:

[TRADUCTION] **98.** Lorsque, à l'examen des comptes de la municipalité ou commission municipale qui reçoit de l'électricité de la Société en vertu d'un contrat conclu entre les deux parties en vertu de la présente loi, la Société constate qu'il y a un arriéré de paiement pour l'électricité fournie par cette municipalité ou commission municipale, ou pour les loyers, taxes, coûts et frais relatifs à l'approvisionnement en électricité ou à l'installation des ouvrages qui y sont afférents, et que cette municipalité ou commission municipale n'a pas engagé la procédure nécessaire pour recouvrer l'arriéré, la Société peut donner les directives qu'elle estime indiquées, par écrit et portant la signature du président du conseil d'administration ou du secrétaire, pour le recouvrement de cet arriéré par toutes les méthodes possibles, auquel cas il incombe à la municipalité ou commission municipale intéressée d'engager sans délai, dès la réception des directives, la procédure nécessaire pour y donner suite. [Je souligne.]

L'alinéa 99*c*), reproduit plus haut, prévoit que l'inexécution d'une telle directive constitue une infraction. Ces dispositions établissent clairement que ce recouvrement, bien que non effectué dans tous les cas, est considéré comme la norme.

Mon collègue affirme que la *Power Corporation Act* vise seulement à empêcher «l'établissement délibéré et non autorisé de distinctions entre les clients qui achètent l'électricité» (p. 111). À mon

that Kenora Hydro is required to treat all customers in the same class equally. There may be numerous reasons why Kenora Hydro may wish to charge a customer less than others in the same class, but its status as a public utility means that it cannot. This statutory mandate is contravened by a negligent mistake as much as by an intentional preference. Similarly, the public interest is not limited to the prevention of deliberate discrimination. There is also a public interest in seeing that a highly regulated, essential public resource is distributed with a measure of equality.

This policy of equality cannot be overlooked simply because it imposes hardship on an individual consumer. In any event, there is here no evidence as to the hardship that repayment of the amounts underbilled will have on the Co-op, other than the evidence as to the regulated nature of the prices of its product. The negative aspects of imposing these costs on the underbilled customer must be balanced against the result of that customer receiving a windfall at the expense of a company operating for the benefit of the public as a whole.

In conclusion, the statute is not ambiguous. It is similar in both purpose and effect to the legislation under review in *Maritime Electric*. Its policy of regulating the relationship between utilities and their customers in the public interest, through equal treatment of users, is apparent in the express words of its provisions. To give effect to this purpose means that the utility is required to rectify its negligence by pursuing full collection from its customers.

V. Conclusion and Disposition

In my view, to permit an estoppel in this case would be to create a situation in which the appellant utility contravenes the requirement of rate non-discrimination on which the statute is based.

avis, il reste que Kenora Hydro est tenue de traiter sur un pied d'égalité tous les clients de la même catégorie. Kenora Hydro peut avoir de nombreuses raisons de vouloir imposer à un client un tarif inférieur à celui imposé à d'autres clients de la même catégorie, mais elle ne peut le faire en raison de son statut d'entreprise public. Il y a manquement à cette exigence de la Loi peu importe qu'il s'agisse d'une erreur commise par négligence ou d'une préférence intentionnelle. De même, l'intérêt public ne se limite pas à la prévention de la discrimination délibérée. Le public a aussi intérêt à veiller à ce qu'une ressource publique essentielle, fortement réglementée, soit distribuée également dans une certaine mesure.

On ne saurait ignorer cette politique d'égalité simplement parce qu'elle est une source de difficultés pour un consommateur donné. De toute façon, il n'existe en l'espèce aucune preuve des difficultés que le remboursement des montants non facturés causera à la Coop, sauf pour ce qui est du caractère réglementé du prix de ses produits. Les aspects négatifs de l'imposition de ces coûts au consommateur ayant fait l'objet d'une facturation insuffisante doivent être soupesés en fonction de l'aubaine dont ce client se trouverait à profiter aux dépens d'une société exploitée pour l'avantage de l'ensemble du public.

En conclusion, la loi en question n'est pas ambiguë. Tant par son objet que par son effet, elle est semblable à celle examinée dans l'arrêt *Maritime Electric*. Sa politique consistant à réglementer, dans l'intérêt public, les rapports entre les entreprises de service public et leurs clients, en traitant sur un pied d'égalité les usagers, ressort du texte explicite de ses dispositions. La mise à exécution de cet objet oblige l'entreprise de service public à remédier à sa négligence en cherchant à obtenir un plein recouvrement auprès de ses clients.

V. Conclusion et dispositif

À mon avis, autoriser la fin de non-recevoir en l'espèce créerait une situation où l'entreprise de service public appelante contreviendrait à l'exigence de non-discrimination en matière de tarifs

The statute makes it clear that it is an offence to supply power to a person within a given class at a rate lower than that applicable to all other members of the class. For this duty to have any meaning, the appellant must also have the duty to take all steps necessary to collect on that debt. The respondent is not entitled to set up the defence of estoppel to preclude this collection. Such an interpretation is in accord with the role of the utility as an institution operated for the public benefit.

For the foregoing reasons, I would, therefore, allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, and substitute therefor an order granting judgment in favour of the appellants in the amount of $52,471.36, together with applicable prejudgment interest. The appellants should have their costs here and in the courts below.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Major JJ. was delivered by

MAJOR J. —

I. Facts

The appellant Hydro Electric Commission of the Town of Kenora ("Kenora Hydro") is responsible for supplying power service to local customers. By an unwritten agreement with Kenora Hydro, the appellant Corporation of the Town of Kenora ("the Town") retains responsibility for billing and collecting the accounts.

The respondent Vacationland Dairy Co-operative Ltd. ("the Co-op") purchases power from Kenora Hydro. In 1979, Kenora Hydro upgraded power service to the Co-op and installed a new meter. The new meter was not designed to measure the actual amount of electricity consumed. It was embossed with a multiplier of 2 to be used in calculating power consumed for billing purposes. Kenora Hydro advised the Town of the proper multiplier but through clerical error the multiplier

sur laquelle se fonde la Loi. La Loi établit clairement que constitue une infraction le fait d'approvisionner en électricité un membre d'une catégorie donnée à un tarif inférieur à celui applicable à tous les autres membres de cette catégorie. Si l'on veut que cette obligation ait un sens, l'appelante doit aussi être tenue de prendre toutes les mesures nécessaires pour recouvrer cette créance. L'intimée n'a pas le droit de recourir au moyen de défense de la fin de non-recevoir pour empêcher ce recouvrement. Une telle interprétation est compatible avec le rôle d'une entreprise de service public en tant qu'institution exploitée pour l'avantage du public.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rendre jugement en faveur des appelantes pour un montant de 52 471,36 $, plus les intérêts avant jugement applicables. Les appelantes ont droit à leurs dépens dans toutes les cours.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Major rendu par

LE JUGE MAJOR —

I. Les faits

L'appelante, la Commission hydro-électrique de la ville de Kenora («Kenora Hydro»), est chargée d'approvisionner en électricité des clients locaux. Aux termes d'une convention verbale conclue avec Kenora Hydro, l'appelante, la municipalité de Kenora («la ville»), a accepté la responsabilité de la facturation et du recouvrement des comptes recevables.

L'intimée, la Vacationland Dairy Co-operative Ltd. («la Coop»), achète l'électricité de Kenora Hydro. En 1979, Kenora Hydro améliorait l'approvisionnement en électricité qu'elle livre à la Coop et y installait un nouveau compteur. Ce nouveau compteur n'était pas conçu pour mesurer la quantité réelle d'électricité consommée. Il était marqué d'un facteur de multiplication par 2 qui devait être utilisé dans la facturation de l'électricité consommée. Kenora Hydro a avisé la ville de ce multipli-

was not transferred to the billing card. As a result, the Co-op was only billed for half its actual power consumption.

In November 1986, the Co-op requested that Kenora Hydro inspect its plant in preparation for expansion. During the inspection, Kenora Hydro discovered that the multiplier was not being used in calculating the billings. As a result, the Co-op had been underbilled by $52,471.36 between 1979 and 1986. Kenora Hydro and the Town brought an action to recover the underbilling.

II. Judgments Below

A. *Ontario District Court*

Kinsman Dist. Ct. J. rejected the appellants' action to recover the underbilling on two grounds relevant to this appeal. First, he found that the relationship between the Co-op and Kenora Hydro was not governed by a contract for the supply of power. Second, although the trial judge found Kenora Hydro had made out its claim on a *quantum meruit* basis, the Co-op was entitled to raise estoppel in defence. The trial judge found the appellants lacked due diligence amounting to negligence in allowing their mistake to persist from 1979 to 1986. By sending monthly invoices to the Co-op, Kenora Hydro had represented a certain state of facts on which it intended the Co-op to act. The Co-op factored its power costs shown on the invoices into pricing its products, thereby acting to its detriment. While noting that estoppel cannot be used to avoid an absolute duty imposed by statute, as was held in *Maritime Electric Co. v. General Dairies Ltd.*, [1937] 1 D.L.R. 609 (P.C.), the trial judge held that neither the *Power Corporation Act*, R.S.O. 1980, c. 384 (now R.S.O. 1990, c. P.18), nor the *Public Utilities Act*, R.S.O. 1980, c. 423

cateur mais, en raison d'une erreur d'écriture, le multiplicateur n'a pas été inscrit sur la fiche de facturation. Par conséquent, seule la moitié de l'électricité réellement consommée fut facturée à la Coop.

En novembre 1986, la Coop demandait à Kenora Hydro d'inspecter son usine pour fins d'agrandissement. Au cours de l'inspection, Kenora Hydro découvrait que le multiplicateur n'était pas utilisé pour calculer les factures. Par conséquent, un montant de 52 471,36 $ n'avait pas été facturé à la Coop entre 1979 et 1986. Kenora Hydro et la ville ont intenté une action en recouvrement du montant non facturé.

II. Les juridictions inférieures

A. *Cour de district de l'Ontario*

Le juge Kinsman de la Cour de district a rejeté l'action intentée par les appelantes en vue de recouvrer le montant non facturé, pour deux motifs qui sont pertinents aux fins du présent pourvoi. Premièrement, il a conclu que le rapport existant entre la Coop et Kenora Hydro n'était pas régi par un contrat de fourniture d'électricité. Deuxièmement, malgré qu'il ait conclu que Kenora Hydro avait établi la validité de sa demande fondée sur le *quantum meruit*, selon lui, la Coop avait le droit d'opposer une fin de non-recevoir comme moyen de défense. Le juge Kinsman a conclu que les appelantes ont fait preuve d'un manque de diligence équivalant à de la négligence en permettant que leur erreur se perpétue de 1979 à 1986. En transmettant des factures mensuelles à la Coop, Kenora Hydro a présenté une certaine situation de fait à laquelle la Coop devait nécessairement réagir. La Coop a tenu compte des coûts d'électricité qui lui avaient été facturés pour établir le prix de ses produits, agissant ainsi à son détriment. Tout en soulignant qu'on ne saurait recourir à une fin de non-recevoir pour se soustraire à une obligation absolue imposée par une loi, tel que décidé dans l'arrêt *Maritime Electric Co. c. General Dairies Ltd.*, [1937] 1 D.L.R. 609 (C.P.), le juge a conclu que ni la *Power Corporation Act*, R.S.O. 1980, ch. 384 (maintenant *Loi sur la Société de l'électricité*, L.R.O. 1990, ch. P.18), ni la *Public Utilities Act*,

(now R.S.O. 1990, c. P.52), imposed such a duty. The trial judge dismissed the appellants' action.

B. *Ontario Court of Appeal*

The Court of Appeal for Ontario dismissed the appellants' appeal: (1992), 7 O.R. (3d) 385, 88 D.L.R. (4th) 725, 53 O.A.C. 192. The Court of Appeal characterized the issue as a collection matter resulting from negligent underbilling. As the *Power Corporation Act* does not compel Kenora Hydro to collect all arrears, failure to collect did not amount to supplying power at a non-approved rate. Arbour J.A., writing for the court, allowed the Co-op to raise estoppel on the basis that it would not defeat a positive statutory obligation or lead to results contrary to public policy.

III. Issue

The sole issue in this case is whether the Ontario utilities legislation precludes raising estoppel in defence to negligent underbilling by a public utility. The appellants have not appealed the trial judge's finding that the factual basis for estoppel is made out. In fact it was confirmed by counsel at the appeal that the parties agreed with the trial judge's conclusions that the necessary facts for the application of the equitable doctrine had been proven. The appeal was thereby limited to whether as a matter of law the relief sought could be applied.

IV. Analysis

The appellants argue that unless the Co-op is charged for the underbilling, the Co-op will have received power on more favourable terms than other customers. This, the appellants say, violates Kenora Hydro's common law duty to treat all cus-

R.S.O. 1980, ch. 423 (maintenant *Loi sur les services publics*, L.R.O. 1990, ch. P.52) n'imposaient une telle obligation et il a rejeté l'action des appelantes.

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

La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel des appelantes: (1992), 7 O.R. (3d) 385, 88 D.L.R. (4th) 725, 53 O.A.C. 192. La Cour d'appel a qualifié la question comme en étant une relative au recouvrement résultant d'une facturation insuffisante effectuée par négligence. Étant donné que la *Power Corporation Act* n'oblige pas Kenora Hydro à percevoir tous les arriérés, la non-perception ne revenait pas à fournir l'électricité à un tarif non approuvé. Le juge Arbour, au nom de la cour, a reconnu à la Coop le droit d'invoquer une fin de non-recevoir pour le motif qu'elle ne contrecarrerait pas une obligation légale positive ni ne produirait des résultats contraires à une politique générale.

III. La question en litige

La seule question que soulève ce pourvoi est de savoir si la loi ontarienne sur les services publics a pour effet d'écarter une défense fondée sur une fin de non-recevoir à une action intentée par un service public pour une facturation insuffisante effectuée par négligence. Les appelantes n'ont pas interjeté appel de la conclusion du juge de première instance selon laquelle les faits à la base de la fin de non-recevoir avaient été établis. En fait, les avocats ont, lors de l'appel, confirmé que les parties souscrivaient aux conclusions du juge de première instance selon lesquelles les faits nécessaires à l'application de la doctrine d'*equity* avaient été prouvés. L'appel s'est donc limité à la question de savoir si, comme question de droit, la réparation demandée pouvait être accordée.

IV. Analyse

Les appelantes soutiennent que, si on ne réclame pas à la Coop le montant non facturé, celle-ci aura reçu l'électricité à des conditions plus favorables que les autres clients. Selon les appelantes, cette situation contrevient à l'obligation de Kenora

tomers alike and its duty under the *Power Corporation Act*. Whatever common law duty Kenora Hydro may have has been replaced and expanded by s. 27 of the *Public Utilities Act* and s. 95 of the *Power Corporation Act*:

27. . . .

(2) In fixing the rents, rates or prices to be paid for the supply of a public utility the [municipal] corporation may use its discretion as to the rents, rates or prices to be charged to the various classes of consumers and also as to the rents, rates or prices at which a public utility shall be supplied for the different purposes for which it may be supplied or required.

95. — (1) The rates and charges for supplying power, and the rents and charges to meet the cost of any work or service done or furnished for the purposes of a supply of power, chargeable by any municipal corporation generating or receiving and distributing power are subject at all times to the approval and control of the Corporation [Ontario Hydro], and the rates, and such rents and charges, charged by any company or individual receiving power from the Corporation for the supply of power are subject at all times to such approval and control.

(2) Notwithstanding this Act, the Corporation may from time to time, when in its opinion it is in the interests of the municipal corporations under contract with the Corporation so to do, make orders fixing the rates to be charged by the corporation or commission of any municipality . . . for power supplied by the Corporation.

Kenora Hydro may charge different rates to different classes of consumers but all rates must be approved by Ontario Hydro.

The leading case on a public utility's statutory duty to charge certain rates is *Maritime Electric Co. v. General Dairies Ltd.*, *supra*. The facts giving rise to the underbilling in *Maritime Electric* are identical in all material respects to those in this appeal. In addressing whether estoppel was available to the underbilled consumer the Privy Council stated, at p. 613:

Hydro, en common law, de traiter tous ses clients sur le même pied et à l'obligation qui lui incombe en vertu de la *Power Corporation Act*. Quelle que puisse être l'obligation de Kenora Hydro en common law, celle-ci a été remplacée et élargie par l'art. 27 de la *Public Utilities Act* et l'art. 95 de la *Power Corporation Act*:

[TRADUCTION] **27.** . . .

(2) La municipalité peut, à sa discrétion, fixer les loyers, redevances ou prix à payer pour la fourniture d'un service public, selon les catégories de consommateurs et selon les fins d'utilisation du service.

95. (1) Les tarifs et frais d'approvisionnement en électricité ainsi que les loyers et frais destinés à financer le coût de travaux ou services, exécutés ou rendus en vue de l'approvisionnement en électricité, qu'imposent les municipalités produisant ou recevant et distribuant de l'électricité, sont assujettis en permanence à l'approbation et au contrôle de la Société [Ontario Hydro]; il en est de même des tarifs, loyers et frais qu'impose toute compagnie ou personne physique distribuant de l'électricité provenant de la Société.

(2) Malgré la présente loi, la Société peut, lorsqu'elle estime qu'il y a lieu de le faire dans l'intérêt des municipalités ayant conclu des contrats avec elle, fixer, par ordre, les tarifs imposés par la municipalité ou la commission municipale [. . .] pour l'électricité fournie par la Société.

Kenora Hydro peut imposer des tarifs différents à des catégories différentes de consommateurs, mais tous les tarifs doivent être approuvés par Ontario Hydro.

L'arrêt *Maritime Electric Co. c. General Dairies Ltd.*, précité, est l'arrêt de principe en matière d'obligation légale d'une entreprise de service public d'imposer certains tarifs. Les faits à l'origine de la facturation insuffisante dans l'arrêt *Maritime Electric* sont essentiellement identiques à ceux du présent pourvoi. Lorsqu'il a examiné la question de savoir si le consommateur ayant fait l'objet d'une facturation insuffisante pouvait invoquer une fin de non-recevoir, le Conseil privé a dit, à la p. 613:

The sections of the Public Utilities Act which are here in question are sections enacted for the benefit of a section of the public, that is, on grounds of public policy in a general sense. In such a case — and their Lordships do not propose to express any opinion as to statutes which are not within this category — where as here the statute imposes a duty of a positive kind, not avoidable by the performance of any formality, for the doing of the very act which the plaintiff seeks to do, it is not open to the defendant to set up an estoppel to prevent it. This conclusion must follow from the circumstance that an estoppel is only a rule of evidence, which under certain special circumstances can be invoked by a party to an action; it cannot therefore avail in such a case to release the plaintiff from an obligation to obey such a statute, nor can it enable the defendant to escape from a statutory obligation of such a kind on his part. It is immaterial whether the obligation is onerous or otherwise to the party suing. The duty of each party is to obey the law. To hold, as the Supreme Court has done, that in such a case estoppel is not precluded, since, if it is admitted, the statute is not evaded, appears to their Lordships with respect to approach the problem from the wrong direction; the Court should first of all determine the nature of the obligation imposed by the statute, and then consider whether the admission of an estoppel would nullify the statutory provision.

[TRADUCTION] Les articles de la Public Utilities Act dont il est question en l'espèce ont été adoptés à l'avantage d'une partie du public, c'est-à-dire pour des motifs d'intérêt public au sens large. En pareil cas (leurs Seigneuries n'ont pas l'intention de se prononcer sur des lois qui n'entrent pas dans cette catégorie), comme en l'espèce, si la loi impose une obligation positive, à laquelle on ne peut pas se soustraire par l'exécution d'une formalité, pour l'accomplissement de l'acte que la demanderesse veut justement accomplir, il n'est pas loisible à la défenderesse d'invoquer une fin de non-recevoir pour l'en empêcher. Cette conclusion s'impose du fait que la fin de non-recevoir n'est qu'une règle de preuve qu'une partie dans une action peut invoquer dans certaines circonstances particulières; par conséquent, elle ne peut servir en pareil cas à libérer la demanderesse de l'obligation de se conformer à une loi de cette nature ni à permettre à la défenderesse de se soustraire à une telle obligation légale. Il n'importe pas que l'obligation soit onéreuse ou non pour la demanderesse. Chaque partie a le devoir de respecter la loi. Leurs Seigneuries estiment, avec déférence, que la Cour suprême procède à l'envers lorsqu'elle admet la possibilité d'une fin de non-recevoir en disant qu'il n'y aura pas de dérogation à la loi si cela est accueilli; la Cour doit tout d'abord préciser la nature de l'obligation imposée par la loi, puis décider si l'admission d'une fin de non-recevoir irait à l'encontre de la loi.

In determining the nature of the obligation imposed by the *Power Corporation Act*, it is useful to compare the Ontario legislation with the New Brunswick legislation at issue in *Maritime Electric. The Public Utilities Act*, R.S.N.B. 1927, c. 127, s. 16, set out the public utility's authority:

Pour déterminer la nature de l'obligation imposée par la *Power Corporation Act*, il est utile de comparer la loi ontarienne à celle du Nouveau-Brunswick qui était en cause dans l'arrêt *Maritime Electric*. L'article 16 de *The Public Utilities Act*, R.S.N.B. 1927, ch. 127, énonce la compétence de l'entreprise de service public:

16. No public utility shall charge, demand, collect or receive a greater or less compensation for any service, than is prescribed in such schedules as are at the time established, or demand, collect or receive any rates, tolls or charges not specified in such schedules.

[TRADUCTION] **16.** Aucune entreprise de service public ne doit imputer, exiger, percevoir ni recevoir, pour un service, une indemnité supérieure ou inférieure à l'indemnité prescrite dans les indicateurs établis à l'époque, ni exiger, percevoir ni recevoir des tarifs, droits ou frais non spécifiés dans de tels indicateurs.

Section 18 prescribed a penalty for charging unauthorized rates:

L'article 18 prévoit une peine pour l'imposition d'un tarif non autorisé:

18. (1) Every public utility which, directly or indirectly by any device whatsoever, charges, demands, collects or receives from any person, firm or corporation, a

[TRADUCTION] **18.** (1) Toute entreprise de service public qui, par tout moyen direct ou indirect, demande, exige, perçoit ou reçoit de toute personne, entreprise ou

greater or less compensation for any service rendered or to be rendered by it, than that prescribed as provided herein, or than it charges, demands, collects or receives from any other person, firm or corporation for a like and contemporaneous service, is guilty of unjust discrimination, which is hereby prohibited and liable to a penalty of not less than fifty dollars nor more than five hundred dollars, which may be imposed by the board; and if the same is not paid within fifteen days after the imposition thereof, the non-payment of the same shall be ground (after public notice thereof in *The Royal Gazette*) for proceedings to be taken by the Attorney-General to dissolve the public utility so in default.

société, pour un service rendu ou à rendre, une indemnité supérieure ou inférieure à celle qui est prescrite de la façon prévue par la présente loi, ou à celle qu'elle demande, exige, perçoit ou reçoit de toute autre personne, entreprise ou société pour un service semblable fourni à la même époque, est coupable de discrimination, chose interdite par la présente loi, et passible d'une peine d'au moins cinquante dollars et d'au plus cinq cents dollars que peut lui imposer la commission; si cette peine pécuniaire n'est pas payée dans les quinze jours de son imposition, ce défaut de paiement constitue (après publication d'un avis public y relatif dans la *Gazette royale*) un motif autorisant le procureur général à engager des procédures en vue de dissoudre l'entreprise de service public ainsi en défaut.

In addition to making it an offence for utilities to operate at unauthorized rates, the New Brunswick Act also made it a punishable offence for customers to accept unauthorized rates.

En plus de prévoir que les entreprises de service public qui appliquent des tarifs non autorisés commettent une infraction, la loi du Nouveau-Brunswick prévoit également que les clients qui acceptent des tarifs non autorisés commettent une infraction susceptible d'entraîner une peine.

19. (1) No person, firm or corporation shall knowingly solicit, accept or receive any rebate, concession or discrimination in respect to any service in, or affecting or relating to, any public utility whereby any such service is by any device whatsoever, or otherwise, rendered free or at a less rate than that named in the schedules on force, as provided herein, or whereby any service or advantage is received other than is herein specified.

[TRADUCTION] **19.** (1) Nul ne doit sciemment demander, accepter ni recevoir une ristourne, une réduction ou un traitement de faveur concernant un service fourni par une entreprise de service public ou concernant un tel service ou y afférent lorsque cela a pour effet de faire fournir, par n'importe quel moyen, ce service gratuitement ou selon un tarif inférieur au tarif stipulé dans les indicateurs en vigueur comme le prévoit la présente loi, ou a pour effet de fournir un service ou un avantage non prévus dans la présente loi.

(2) Any person, firm or corporation violating the provisions of this section is liable to a penalty of not less than fifty dollars nor more than five hundred dollars, for each offence, which may be imposed by the board, and if said penalty is not paid within fifteen days after the imposition thereof, the chairman of the board may transmit a statement under his hand, to the Registrar of the Supreme Court, of the imposition of such penalty.

(2) Quiconque enfreint les dispositions du présent article est passible d'une peine pécuniaire d'au moins cinquante dollars et d'au plus cinq cents dollars imposable par la commission pour chaque infraction, et si une telle peine n'est pas payée dans les quinze jours de son imposition, le président de la commission peut envoyer au registraire de la Cour suprême une attestation signée par lui de l'imposition d'une telle peine pécuniaire.

The Privy Council determined, at p. 616, that the public utility would be "acting in direct violation of the statute if they do not collect and receive from the respondents the amount remaining due". In the Privy Council's view the New Brunswick provision was a positive law that compelled

Le Conseil privé a déterminé, à la p. 616, que l'entreprise de service public [TRADUCTION] «agirait en violation directe de la Loi si elle ne percevait ni ne recevait de l'intimée le montant qui restait dû». De l'avis du Conseil privé, la disposition du Nouveau-Brunswick était une règle de droit positif qu'il fal-

obeyance. Estoppel was not available as it would nullify the statutory provision.

Section 99 of the Ontario *Power Corporation Act* also makes it an offence for a public utility to charge an unauthorized rate:

99. Where a municipal corporation or a municipal commission receiving electrical power from the Corporation under a contract made with the Corporation under this Act,

(*a*) supplies electrical power to any person upon terms and at rates other than those that have been approved of by the Corporation;

. . .

(*d*) by any means whatsoever, directly or indirectly reduces the cost of electrical power to any person so that it is supplied to such person at a lower rate or upon better terms than those approved of by the Corporation;

. . .

such municipal corporation or municipal commission is guilty of an offence, and every member of the municipal council of such municipal corporation or every member of the municipal commission, as the case may be, is disqualified from sitting and voting in the council or from election thereto, or from acting as a member of the municipal commission or being appointed thereto, and from holding any other municipal office for a period of five years from the date of the judgment or order declaring his disqualification, and proceedings may be taken against him in the same manner as in the case of a member of a municipal council who has become disqualified or has forfeited his seat under the *Municipal Act*, but no member of the municipal council or of the municipal commission, as the case may be, shall be found to be so disqualified who proves to the satisfaction of the court or judge before whom the application for a declaration of his disqualification is made, that he was not a party to the offence and that he did everything in his power to prevent the commission of the offence.

However, the penalty provision in the Ontario legislation stands in marked contrast to that in *Maritime Electric*. The Ontario penalty of disqualifying council members aims to control the activity of

lait respecter. La fin de non-recevoir ne pouvait être opposée car elle aurait pour effet d'annuler la disposition législative.

Selon l'art. 99 de la *Power Corporation Act* de l'Ontario, commet une infraction l'entreprise de service public qui impose un tarif non autorisé:

[TRADUCTION] **99.** La municipalité ou commission municipale recevant de l'électricité provenant de la Société en vertu d'un contrat conclu avec cette dernière en vertu de la présente loi, et qui:

a) pourvoit à l'approvisionnement en électricité de quiconque à des conditions et prix différents de ceux qui ont été approuvés par la Société;

. . .

d) réduit directement ou indirectement, par quelque moyen que ce soit, le coût de l'électricité fournie à une personne, de manière que l'électricité soit fournie à cette personne à un tarif inférieur à celui qui est établi par la Société ou à de meilleures conditions que celles approuvées par cette dernière;

. . .

est coupable d'une infraction, par suite de laquelle chaque membre du conseil de cette municipalité ou de cette commission municipale n'est plus admissible, selon le cas, à siéger au conseil, à voter ou à y être élu, à agir à titre de membre de la commission municipale ou à y être nommé, ou à occuper une fonction municipale pendant les cinq ans qui suivent la date du jugement ou de l'ordonnance portant inadmissibilité, auquel cas des procédures peuvent êtres intentées contre ce membre au même titre qu'un conseiller municipal frappé d'inadmissibilité ou déchu de sa charge en vertu de la *Municipal Act*. L'inadmissibilité ne peut cependant être prononcée contre le membre du conseil municipal ou de la commission municipale, selon le cas, qui prouve de façon convaincante au tribunal ou au juge saisi d'une requête en vue d'obtenir une déclaration d'inadmissibilité, qu'il n'était pas partie à l'infraction et qu'il a fait tout ce qui était en son pouvoir pour en empêcher la perpétration.

Toutefois, la disposition pénale de la loi ontarienne contraste vivement avec celle qui était en cause dans l'arrêt *Maritime Electric*. La peine en Ontario, qui consiste à frapper d'inadmissibilité les

municipal power authorities and prevent abuse. The difference between the Ontario and New Brunswick Acts is underscored by the fact that council members do not face disqualification under s. 99 where an employee's inadvertent error resulted in a customer effectively receiving power on better terms. In addition, the Ontario legislation neither imposes an express duty on customers to pay nor fines consumers for insufficient payment in contrast to the legislation in *Maritime Electric.* In this context, the most defensible interpretation of the Ontario legislation is that it is designed to prevent deliberate, unauthorized discrimination among power customers. The penalty provision is not directed against simple negligent mistakes.

A statute can only affect the operations of the common law principles of restitution and bar the defence of estoppel or change of position where there exists a clear positive duty on the public utility which is incompatible with the operation of those principles. The application of the principles of restitution to the case at bar can be briefly summarized. A benefit in the form of electricity was conferred on the Co-op at the expense of Kenora Hydro. The law of restitution would normally force the Co-op to return the value of the benefit to Kenora Hydro unless that value was no longer in the Co-op's possession because of a change of position. In this case, the Co-op successfully proved that it acted to its detriment in reliance on the billing statements for its own billing and budgetary purposes and that therefore the value of the electricity no longer existed for the purposes of restitutionary relief. Kenora Hydro conceded that this was in fact the case in the Court of Appeal and confirmed it before this Court. The defence of estoppel is thus an expression of what the common law has considered to be sufficient justification to release a defendant from liability in the pursuit of fairness, and, applying those principles to this

membres du conseil, vise à contrôler les activités des autorités municipales chargées de l'approvisionnement en électricité et à prévenir les abus. La différence entre les lois de l'Ontario et du Nouveau-Brunswick est mise en évidence par le fait que des membres du conseil ne risquent pas d'être frappés d'inadmissibilité, en vertu de l'art. 99, lorsqu'en raison d'une erreur commise par inadvertance par un employé, un client reçoit effectivement l'électricité à de meilleures conditions. De plus, la loi ontarienne n'impose aux clients aucune obligation expresse de payer et elle ne prescrit pas non plus l'imposition aux consommateurs d'une amende pour paiement insuffisant, contrairement à la loi en cause dans l'arrêt *Maritime Electric.* Dans ce contexte, l'interprétation la plus défendable de la loi ontarienne est qu'elle vise à prévenir l'établissement délibéré et non autorisé de distinctions entre les clients qui achètent l'électricité. La disposition pénale ne vise pas les simples erreurs commises par négligence.

Une loi peut uniquement modifier l'application des principes de common law en matière de restitution et écarter, comme moyen de défense, une fin de non-recevoir et un changement de situation de fait lorsque l'entreprise de service public est assujettie à une obligation positive claire qui est incompatible avec l'application de ces principes. L'application des principes de restitution à la présente affaire peut se résumer brièvement. La Coop s'est vu conférer un avantage sous forme d'électricité aux dépens de Kenora Hydro. Le droit en matière de restitution forcerait normalement la Coop à restituer la valeur de cet avantage à Kenora Hydro, à moins que cette valeur n'existe plus à cause d'un changement de situation de fait. En l'espèce, la Coop a réussi à prouver qu'elle a agi à son détriment en se fiant aux factures reçues pour établir ses propres factures et son budget et que, par conséquent, la valeur de l'électricité n'existait plus aux fins d'une réparation fondée sur la restitution. Kenora Hydro a concédé, en Cour d'appel, que tel était le cas et a confirmé cette position devant notre Cour. Le moyen de défense fondé sur la fin de non-recevoir traduit donc ce que la common law a considéré comme un motif suffisant

case, the Co-op would no longer be liable to Kenora Hydro.

The *Power Corporation Act* does not express a policy of rate non-discrimination that excludes estoppel or change of position.

Through the appellants' error in omitting the multiplier the Co-op has indirectly, but through no fault of its own, received power for a period of time at a 50 percent discount. Allowing the respondent to raise estoppel in these circumstances does not relieve Kenora Hydro of its obligation. It does however relieve the Co-op from bearing alone the burden of a loss resulting from change of position caused by the error of Kenora Hydro. In so doing, it underlines Kenora Hydro's obligation by placing the burden of non-compliance on Kenora Hydro and is a means of ensuring accountability. In the event such losses are allowed as a cost chargeable to consumers rather than the utility owners, they will be spread among all utility users thereby furthering true equality among them since clearly a utility consumer who is underbilled and acts to her or his detriment is not in the same position as one who is billed accurately from the start.

Compelling payment to correct an error in these circumstances introduces costly uncertainty for power consumers and makes them individually bear the burden of the appellants' mistake. Such a harsh public policy should clearly appear in the statute, which is not the case in the *Power Corporation Act*.

V. Conclusion

There is no conflict between allowing estoppel in this case and Ontario public utilities legislation. The appellants have since put new billing proce-

pour dégager un défendeur de toute responsabilité dans un but d'équité. Appliquant ces principes à la présente affaire, la Coop ne serait plus responsable envers Kenora Hydro.

La *Power Corporation Act* n'établit pas une politique de non-discrimination en matière de tarifs de nature à écarter le moyen de la fin de non-recevoir ou du changement de situation de fait.

En raison de l'erreur commise par les appelantes lorsqu'elles ont omis d'utiliser le multiplicateur, la Coop a indirectement, mais sans faute de sa part, bénéficié d'un rabais de 50 pour 100 sur l'électricité reçue pendant une certaine période. Permettre à l'intimée d'invoquer une fin de non-recevoir dans ces circonstances ne dégage pas Kenora Hydro de son obligation. Cela empêche toutefois la Coop d'avoir à assumer à elle seule une perte résultant d'un changement de situation de fait dû à l'erreur de Kenora Hydro. En plus de souligner l'obligation de Kenora Hydro en lui faisant assumer la responsabilité du manquement à son obligation, cela constitue un moyen de l'obliger à être responsable. Dans les cas où ces pertes sont allouées à titre de coût facturable aux consommateurs plutôt qu'aux propriétaires de l'entreprise de service, elles seront réparties entre tous les usagers du service, favorisant ainsi l'égalité réelle entre eux étant donné qu'il est évident que le consommateur d'un service qui fait l'objet d'une facturation insuffisante et qui agit à son détriment n'est pas dans la même situation que celui dont la facturation est exacte au départ.

Obliger les consommateurs d'électricité à payer pour corriger une erreur dans de telles circonstances créerait chez eux une incertitude onéreuse et ferait assumer à chacun d'eux le fardeau de l'erreur des appelantes. Une politique générale aussi stricte devrait être clairement spécifiée dans la loi, ce qui n'est pas le cas dans la *Power Corporation Act*.

V. Conclusion

Il n'y a aucun conflit entre la recevabilité d'une fin de non-recevoir et la loi ontarienne sur les services publics. Les appelantes ont, depuis lors, mis

dures into place to ensure that they do not repeat this mistake.

The appeal is dismissed with costs to the respondent.

Appeal dismissed with costs, LAMER C.J. *and* LA FOREST, MCLACHLIN *and* IACOBUCCI JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellants: Goodman & Goodman, Toronto.

Solicitors for the respondent: Aylesworth, Thompson, Phelan, O'Brien, Toronto.

en place de nouvelles méthodes de facturation pour s'assurer que cette erreur ne se répétera pas.

Le pourvoi est rejeté avec dépens en faveur de l'intimée.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge en chef LAMER *et les juges* LA FOREST, MCLACHLIN *et* IACOBUCCI *sont dissidents.*

Procureurs des appelantes: Goodman & Goodman, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Aylesworth, Thompson, Phelan, O'Brien, Toronto.

Jessica Teresa Toneguzzo-Norvell, an infant by her mother and guardian *ad litem*, Rosetta Carmela Toneguzzo *Appellant*

and

Rosetta Carmela Toneguzzo *(Plaintiff)*

v.

Nelson Savein *Respondent*

and

Burnaby Hospital *Respondent*

INDEXED AS: TONEGUZZO-NORVELL (GUARDIAN *AD LITEM* OF) *v.* BURNABY HOSPITAL

File No.: 23195.

1993: November 1; 1994: January 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Damages — Assessment — Personal injury — Loss of future income — Life expectancy — Powers of appellate tribunal — Infant suffering from severe disabilities due to oxygen deprivation during birth — Court of Appeal substituting its assessment of life expectancy of infant for that of trial judge — Whether Court of Appeal justified in interfering with trial judge's conclusion on life expectancy — Whether Court of Appeal erred in deducting living expenses for years after infant's projected death from award for loss of future income.

The infant appellant suffered severe disabilities due to oxygen deprivation during her birth. The respondent physician and hospital admitted liability for her injuries and the only issue before the trial judge was the assessment of damages. The appellant's main expert witness testified that, with the continuation of the level of care she currently enjoyed, the appellant could expect to live

Jessica Teresa Toneguzzo-Norvell, mineure représentée par sa mère et tutrice à l'instance, Rosetta Carmela Toneguzzo *Appelante*

et

Rosetta Carmela Toneguzzo *(Demanderesse)*

c.

Nelson Savein *Intimé*

et

Burnaby Hospital *Intimé*

RÉPERTORIÉ: TONEGUZZO-NORVELL (TUTRICE À L'INSTANCE DE) *c.* BURNABY HOSPITAL

N° du greffe: 23195.

1993: 1er novembre; 1994: 27 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Dommages-intérêts — Évaluation — Lésions corporelles — Perte de revenus futurs — Espérance de vie — Pouvoirs du tribunal d'appel — Mineure gravement handicapée en raison d'un manque d'oxygène à sa naissance — Substitution par la Cour d'appel de son évaluation de l'espérance de vie de la mineure à celle du juge de première instance — La Cour d'appel était-elle justifiée de modifier la conclusion du juge de première instance sur l'espérance de vie? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en déduisant de l'indemnité accordée pour la perte de revenus futurs des frais de subsistance pour les années suivant le décès prévu de la mineure?

La mineure appelante est devenue gravement handicapée en raison d'un manque d'oxygène à sa naissance. Le médecin et l'hôpital intimés ont reconnu leur responsabilité à l'égard des lésions qu'elle a subies et l'unique question dont était saisi le juge de première instance était celle de l'évaluation des dommages-intérêts. Le principal témoin expert de l'appelante a témoigné que,

to 25 or 30 years of age. The respondents' expert witness, relying on an American study on the life expectancy of profoundly handicapped persons, was of the view that her life expectancy was 7.6 years. The trial judge assessed the differing expert opinions and concluded that the best estimate of the appellant's life expectancy was 25 years. He awarded $1,981,879 in damages, including $292,758 for future income loss. The Court of Appeal found that the trial judge had misapprehended the significance of the study as well as attributing greater weight than was warranted to the evidence of the appellant's main expert witness. The court reduced the award, concluding that the trial judge had overestimated the appellant's life expectancy by seven years and had failed to make a deduction for personal living expenses from the portion of the award relating to future income loss for the years after her death. The court also dismissed the appellant's cross-appeal that the damages awarded for future income loss were too low.

Held: The appeal should be allowed in part.

The Court of Appeal erred in interfering with the trial judge's conclusion on life expectancy. The different conclusions of the trial judge and the Court of Appeal arise mainly from the differing weight they put upon the American study. Although the principle of non-intervention of a court of appeal in a trial judge's findings of facts does not apply with the same force to inferences drawn from conflicting testimony of expert witnesses where the credibility of these witnesses is not in issue, this does not change the fact that the weight to be assigned to the various pieces of potentially conflicting evidence is essentially the province of the trier of fact. It was far from clear what weight the study should carry and, in the absence of a palpable or overriding error, the Court of Appeal should not have intervened. Further, the trial judge did not fail to consider, or misapprehend, some obvious feature of the evidence. The trial judge carefully considered the evidence of all the experts on the question of life expectancy, as well as the study. His concerns with respect to the applicability of that study, which led him to discount it to a greater degree than the Court of Appeal would have, do not support a conclusion that he ignored the study, in the absence of a demonstration that his concerns were totally without foundation. Finally, it was open to the trial judge to accept the evidence of the appellant's main expert witness, despite

si les soins dont elle jouissait alors étaient maintenus, l'appelante pourrait s'attendre à vivre jusqu'à 25 ou 30 ans. Le témoin expert des intimés, qui s'est fondé sur une étude américaine portant sur l'espérance de vie des personnes gravement handicapées, s'est dit d'avis que l'espérance de vie de l'appelante était de 7,6 ans. Après avoir évalué les opinions d'expert contradictoires, le juge de première instance a conclu que la meilleure estimation de l'espérance de vie de l'appelante était de 25 ans. Il a accordé 1 981 879 $ de dommages-intérêts, dont 292 758 $ pour la perte de revenus futurs. La Cour d'appel a conclu que le juge de première instance avait mal saisi l'importance de l'étude et accordé au témoignage du principal témoin expert de l'appelante plus de poids que ce qui était justifié. Elle a réduit le montant accordé pour le motif que le juge de première instance avait surévalué de sept ans l'espérance de vie de l'appelante et qu'il n'avait pas déduit, de la partie de l'indemnité accordée pour la perte de revenus futurs, des frais de subsistance pour les années suivant sa mort. La Cour d'appel a rejeté l'appel incident dans lequel l'appelante alléguait que les dommages-intérêts accordés pour la perte de revenus futurs étaient insuffisants.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli en partie.

La Cour d'appel a commis une erreur en modifiant la conclusion du juge de première instance sur l'espérance de vie. Si le juge de première instance et la Cour d'appel ont tiré des conclusions différentes, c'est surtout dû au fait qu'ils n'ont pas accordé le même poids à l'étude américaine. Bien que le principe de non-intervention d'une cour d'appel dans les conclusions de fait d'un juge de première instance ne s'applique pas avec la même vigueur aux conclusions tirées de témoignages d'expert contradictoires lorsque la crédibilité de ces derniers n'est pas en cause, il n'en demeure pas moins qu'il appartient essentiellement au juge des faits d'attribuer un poids aux différents éléments de preuve susceptibles d'être contradictoires. Il était loin d'être clair quel poids devait être accordé à cette étude et, en l'absence d'une erreur manifeste et dominante, la Cour d'appel n'aurait pas dû intervenir. En outre, le juge de première instance n'a pas omis de tenir compte d'une caractéristique évidente de la preuve ou ne l'a pas mal saisie. Il a examiné soigneusement le témoignage de tous les experts sur la question de l'espérance de vie, de même que l'étude. Ses préoccupations relatives à l'applicabilité de cette étude, qui l'ont amené à en faire moins de cas que la Cour d'appel ne l'aurait fait, ne permettent pas de conclure qu'il n'en a pas tenu compte, en l'absence d'une démonstration que ses préoccupations n'étaient absolu-

the adverse inference drawn from the appellant's counsel's failure to call the treating neurological paediatrician that the latter's evidence as to life expectancy would not favour the appellant. The trier of fact may accept such evidence as he finds convincing, and an appellate tribunal ought not to interfere unless it is persuaded that the result amounts to a palpable or overriding error.

Owing to the manner in which the case was presented at trial, this Court is not in a position to entertain the appellant's new arguments that the future income loss award should be calculated on male earnings tables. Given that the only evidence on the record before the trial judge were the earning tables for women, and given that he was asked by the appellant's counsel to apply only these tables, the trial judge did not err in using a female earnings table in determining the appellant's future income loss. The most the trial judge could do, and has done, was take into account as a positive contingency the expectation that as greater equality is achieved between men and women in our society, women's earnings will increase. The appellant's alternative claim that the trial judge and the Court of Appeal erred in failing to make adequate allowance for loss of marriage benefits raises similar evidentiary problems. On the state of the record, it is not open to this Court to say the courts below were in error and substitute its own view.

The Court of Appeal did not err in deducting 50 per cent for living expenses in the "lost years" from the award for loss of future earning capacity. A deduction for personal living expenses must be made not only for the years the appellant will actually live but also for the years after her projected death. Had the appellant been in a position to earn the monies represented by an award for lost earning capacity, she would have had to spend a portion of them for living expenses. Not to recognize this is to introduce an element of duplication and to put the appellant in a better position than she would have been in had she actually earned the monies in question.

ment pas fondées. Enfin, il était loisible au juge de première instance d'accepter le témoignage du principal témoin expert de l'appelante en dépit de la conclusion défavorable, tirée de l'omission de l'avocat de l'appelante d'appeler à témoigner le pédiatre neurologue traitant, que le témoignage de ce dernier sur l'espérance de vie n'aurait pas favorisé l'appelante. Le juge des faits peut accepter la preuve qu'il juge convaincante et le tribunal d'appel ne devrait intervenir que s'il est convaincu que le résultat constitue une erreur manifeste et dominante.

En raison de la manière dont l'affaire a été présentée au procès, notre Cour n'est pas en mesure de connaître des nouveaux arguments soumis par l'appelante, selon lesquels l'indemnité pour la perte de revenus futurs devrait être calculée en fonction des tables de revenus des hommes. Étant donné que seule la table de revenus des femmes a été déposée en preuve devant le juge de première instance et que l'avocat de l'appelante lui a demandé de n'appliquer que cette table, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en utilisant une table de revenus des femmes pour déterminer la perte de revenus futurs de l'appelante. Tout ce que le juge pouvait faire, et c'est ce qu'il a fait, était de tenir compte, à titre d'éventualité positive, de l'espoir qu'à mesure qu'une plus grande égalité entre les hommes et les femmes sera réalisée dans notre société, les revenus de ces dernières augmenteront. L'argument subsidiaire de l'appelante, voulant que le juge de première instance et la Cour d'appel aient commis une erreur en ne tenant pas compte suffisamment de la perte des bénéfices découlant du mariage, soulève des problèmes de preuve similaires. D'après le dossier, il n'est pas loisible à notre Cour d'affirmer que les instances inférieures ont commis une erreur et de substituer son propre point de vue.

La Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en effectuant une déduction de 50 pour 100, pour frais de subsistance, de l'indemnité accordée pour la perte de revenus futurs relativement aux «années perdues». Les frais de subsistance doivent être déduits non seulement pour les années que l'appelante vivra, mais également pour les années suivant son décès prévu. Si l'appelante avait été en mesure de gagner les sommes représentées par l'indemnité pour la perte de capacité de gagner un revenu, elle aurait dû en dépenser une partie au titre des frais de subsistance. La non-reconnaissance de ce fait introduit un élément de dédoublement et place l'appelante dans une meilleure situation qu'elle ne l'aurait été si elle avait effectivement gagné les sommes en question.

Cases Cited

Referred to: *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Croke (a minor) v. Wiseman*, [1981] 3 All E.R. 852; *Semenoff v. Kokan* (1991), 59 B.C.L.R. (2d) 195; *Pickett v. British Rail Engineering Ltd.*, [1979] 1 All E.R. 774; *Skelton v. Collins* (1966), 115 C.L.R. 94.

Authors Cited

Cooper-Stephenson, Kenneth D., and Iwan B. Saunders. *Personal Injury Damages in Canada*. Toronto: Carswell, 1981.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1992), 73 B.C.L.R. (2d) 116, 16 B.C.A.C. 46 and 22 B.C.A.C. 173, 28 W.A.C. 46 and 38 W.A.C. 173, allowing the respondents' appeal and dismissing the appellant's cross-appeal from a judgment of Hogarth J. (1991), 27 A.C.W.S. (3d) 1171, [1991] B.C.W.L.D. 1887, [1991] B.C.D. Civ. 3389-42, [1991] B.C.J. No. 2206, assessing damages to be awarded to child appellant. Appeal allowed in part.

Darrell W. Roberts, *Q.C.*, *Susan A. Griffin* and *W. A. Baker*, for the appellant.

C. E. Hinkson, *Q.C.*, and *Cheryl L. Talbot*, for the respondent Savein.

John G. Dives and *P. A. Washington*, for the respondent Burnaby Hospital.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J. — This is a claim for injuries suffered by a child due to oxygen deprivation during her birth. The oxygen deprivation resulted in severe disabilities, including mental retardation, blindness and a seizure disorder. The trial judge summarized her situation as follows: "... the child for all intents and purposes is, and will continue to exist until her death, totally incapacitated and incapable of displaying any cognition beyond that of a reflexive nature". Unrelated to these impairments, Jessica also suffered from a hip abnormality,

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Croke (a minor) c. Wiseman*, [1981] 3 All E.R. 852; *Semenoff c. Kokan* (1991), 59 B.C.L.R. (2d) 195; *Pickett c. British Rail Engineering Ltd.*, [1979] 1 All E.R. 774; *Skelton c. Collins* (1966), 115 C.L.R. 94.

Doctrine citée

Cooper-Stephenson, Kenneth D., and Iwan B. Saunders. *Personal Injury Damages in Canada*. Toronto: Carswell, 1981.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1992), 73 B.C.L.R. (2d) 116, 16 B.C.A.C. 46 et 22 B.C.A.C. 173, 28 W.A.C. 46 et 38 W.A.C. 173, qui a accueilli l'appel interjeté par les intimés et rejeté l'appel incident interjeté par l'appelante contre le jugement du juge Hogarth (1991), 27 A.C.W.S. (3d) 1171, [1991] B.C.W.L.D. 1887, [1991] B.C.D. Civ. 3389-42, [1991] B.C.J. No. 2206, sur l'évaluation des dommages-intérêts à accorder à la mineure appelante. Pourvoi accueilli en partie.

Darrell W. Roberts, *c.r.*, *Susan A. Griffin* et *W. A. Baker*, pour l'appelante.

C. E. Hinkson, *c.r.*, et *Cheryl L. Talbot*, pour l'intimé Savein.

John G. Dives et *P. A. Washington*, pour l'intimé Burnaby Hospital.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — Il s'agit d'une action en dommages-intérêts pour lésions qu'une enfant a subies à sa naissance en raison d'un manque d'oxygène. Gravement handicapée à la suite de ce manque d'oxygène, l'enfant souffre notamment d'arriération mentale, de cécité et de troubles épileptiques. Le juge de première instance a résumé sa situation comme suit: [TRADUCTION] «... à toutes fins pratiques, l'enfant est, et sera jusqu'à sa mort, frappée d'incapacité totale, et incapable de manifester une connaissance autre que celle qui est

which was surgically corrected. The attending physician, Nelson Savein, and the Burnaby Hospital admitted liability for her injuries. The only issue before the trial judge was the assessment of damages.

The trial judge awarded the followings:

Non-Pecuniary Damages	$ 20,000
Past Care	$ 50,000
Future Income Loss	$ 292,758
Future Care	$ 1,524,746
Management Fees	$ 94,375
Total	$ 1,981,879

The Court of Appeal reduced this award on grounds that the trial judge had overestimated Jessica's life expectancy by seven years and had failed to make a deduction for personal living expenses from the portion of the award relating to lost earning capacity for the years after Jessica's death (i.e., the "lost years"). The Court of Appeal dismissed a cross-appeal which alleged the damages awarded by the trial judge were too low: (1992), 73 B.C.L.R. (2d) 116. Jessica and her mother now appeal to this Court.

This appeal raises the following issues:

(1) The validity of the assessment of life expectancy;

(2) The use of female earning tables and the treatment of loss of marriage benefits in fixing the award for lost earning capacity;

(3) The deduction of 50 per cent for personal living expenses from the award for lost earning capacity during the "lost years".

due aux réflexes». Indépendamment de ces déficiences, Jessica souffrait également d'une anomalie à la hanche, qui a été corrigée par chirurgie. Le médecin traitant, Nelson Savein, et le Burnaby Hospital ont reconnu leur responsabilité à l'égard des lésions qu'elle a subies. L'unique question dont était saisi le juge de première instance était celle de l'évaluation des dommages-intérêts.

Le juge de première instance a accordé les indemnités suivantes:

Pertes non pécuniaires	20 000 $
Soins reçus	50 000 $
Perte de revenus futurs	292 758 $
Soins futurs	1 524 746 $
Frais de gestion	94 375 $
Total	1 981 879 $

La Cour d'appel a réduit le montant accordé pour le motif que le juge de première instance avait surévalué de sept ans l'espérance de vie de Jessica et qu'il n'avait pas déduit, de la partie de l'indemnité accordée pour la perte de capacité de gagner un revenu, des frais de subsistance pour les années suivant sa mort (c.-à-d. les «années perdues»). La Cour d'appel a rejeté un appel incident dans lequel il était allégué que les dommages-intérêts accordés par le juge de première instance étaient insuffisants: (1992), 73 B.C.L.R. (2d) 116. Jessica et sa mère se pourvoient maintenant devant notre Cour.

Les questions suivantes sont soulevées en l'espèce:

(1) La validité de l'évaluation de l'espérance de vie;

(2) L'utilisation des tables de revenus des femmes et la façon de traiter la perte des bénéfices découlant du mariage pour fixer l'indemnité relative à la perte de capacité de gagner un revenu;

(3) La déduction de 50 pour 100, pour frais de subsistance, de l'indemnité accordée pour la perte de capacité de gagner un revenu pendant les «années perdues».

I will deal with each issue in turn.

1. The Validity of the Assessment of Life Expectancy

The trial judge heard evidence from three experts on Jessica's life expectancy. Dr. MacLean, a paediatrician with 35 years experience, testified that, with the continuation of the care currently enjoyed by Jessica, she could expect to live to 25 or 30 years of age. Dr. Van Rijn, an expert in the assessment of clinically impaired disabled persons, was of the view that survival to 10 years of age was critical, and that once that age passed, the child could live into her forties. The third expert was a paediatric neurologist, Dr. Crichton, who was of the view that the appellant's life expectancy was 7.6 years, although he testified it could be longer with excellent care. Dr. Crichton relied on a study published in the *New England Journal of Medicine* on the life expectancy of profoundly handicapped persons (the "Eyman Study"). Dr. MacLean had been referred to the Eyman Study, but had not read it.

In addition to the expert evidence, the trial judge heard evidence attesting to the devotion of Jessica's mother to Jessica and the very high level of care which Jessica was receiving as a result of that devotion.

The trial judge concluded that the best estimate of Jessica's life expectancy was 25 years from birth, or 22 1/2 years from the date of trial. He concluded that home care was a major factor in the child's continued well-being. In considering the evidence presented by the experts, the trial judge noted that the plaintiff had not called Dr. Hill, the neurological paediatrician who had cared for Jessica since birth. He stated that he was prepared to draw the adverse inference from the failure to call Dr. Hill that his evidence as to life expectancy would not favour the plaintiff. He assessed the differing expert opinions as follows:

Je vais examiner chaque question à tour de rôle.

1. La validité de l'évaluation de l'espérance de vie

Le juge de première instance a entendu le témoignage de trois experts sur l'espérance de vie de Jessica. Le Dr MacLean, un pédiatre de 35 années d'expérience, a témoigné que, si les soins dont elle jouissait alors étaient maintenus, Jessica pourrait s'attendre à vivre jusqu'à 25 ou 30 ans. Le Dr Van Rijn, un expert dans l'évaluation des personnes cliniquement handicapées et déficientes, était d'avis que si elle survivait jusqu'à l'âge crucial de 10 ans, l'enfant pourrait atteindre la quarantaine. Le troisième expert était le Dr Crichton, pédiatre neurologue, qui s'est dit d'avis que l'espérance de vie de l'appelante était de 7,6 ans, même s'il a témoigné qu'elle pourrait être supérieure si elle recevait d'excellents soins. Le Dr Crichton s'est fondé sur une étude publiée, dans le *New England Journal of Medicine*, au sujet de l'espérance de vie des personnes gravement handicapées (l'«étude Eyman»). Le Dr MacLean avait été renvoyé à l'étude Eyman, mais il ne l'avait pas lue.

Outre les témoignages d'expert, le juge de première instance a entendu des témoignages attestant du dévouement dont faisait preuve la mère de Jessica envers l'enfant et de l'excellence des soins qu'elle lui prodiguait.

Le juge de première instance a conclu que la meilleure estimation de l'espérance de vie de Jessica était de 25 ans à compter de la naissance, ou de 22 ans et demi à compter de la date du procès. Il a jugé que les soins à domicile étaient importants pour maintenir le bien-être de l'enfant. En examinant le témoignage des experts, le juge de première instance a remarqué que la demanderesse n'avait pas appelé à témoigner le Dr Hill, le pédiatre neurologue qui soignait Jessica depuis sa naissance. Il a affirmé qu'il était disposé à tirer, de cette omission d'appeler le Dr Hill à témoigner, la conclusion défavorable que son témoignage sur l'espérance de vie ne favoriserait pas la demanderesse. Il a évalué de la façon suivante les opinions d'expert contradictoires:

I have sifted and weighed the evidence on the issue of life expectancy and I have come to the conclusion that it is the evidence of Dr. MacLean that impresses me the most. Notwithstanding the able observations of Dr. Crichton and his reference to the Eyman Article, there are too many variables involved to apply its informative contents to the case at bar, or to give it the weight required to take it from the general to the particular, that is to say, from the statistical sphere into the realm of specific application. Had Dr. Crichton expressed the view that from his personal experience, the life expectancy of the child was 7.6 years and later referred to the Eyman Study as corroborative of this opinion, I would have given his evidence more weight, but as it stands, it appeared to me he more or less reflected largely, but not entirely, what was indicated by the Article. The matter is too grave to be resolved by statistics when such evidence as that of Dr. MacLean, supported to some extent by Dr. Van Rijn, is available.

Nevertheless, I feel I must give some effect to the Study and, as a result, cannot accept the evidence of Dr. MacLean to its fullest extent. . . .

It will be seen from the above passage that the trial judge was reluctant to put too much weight on the statistical evidence, found in the Eyman Study, an American article which suggested much lower survival rates than the life expectancy which Dr. MacLean forecast for Jessica.

The Court of Appeal saw the matter differently. It faulted the trial judge for failing to place proper weight on the statistical evidence and in particular, on the Eyman Study. Goldie J.A., speaking for the court, began by pointing out that the failure to call Dr. Hill led to the inference that his evidence on life expectancy would not have supported that of Dr. MacLean. He then proceeded to examine the expert evidence in depth. He noted that Dr. MacLean's estimate was based on experience with children unaffected by seizure disorder and that similar children that he had dealt with in the two years prior to his testimony had died between three and ten years of age. He further noted that Dr. MacLean's experience with children with similar conditions was limited to 20 children. Goldie J.A. found it significant that Dr. MacLean had not read the Eyman Study, although he had been referred to

[TRADUCTION] Après avoir passé au crible et soupesé les témoignages sur l'espérance de vie, je conclus que celui du Dr MacLean est celui qui m'impressionne le plus. Malgré les observations utiles du Dr Crichton et son renvoi à l'article Eyman, il y a trop de variables pour qu'on applique son contenu instructif à la présente affaire, ou pour qu'on lui accorde le poids nécessaire pour le faire passer du général au particulier, c'est-à-dire du domaine de la statistique à celui de l'application à un cas précis. Si le Dr Crichton avait exprimé l'avis que, d'après son expérience personnelle, l'espérance de vie de l'enfant était de 7,6 ans et s'il s'était ensuite référé à l'étude Eyman pour corroborer son opinion, j'aurais accordé plus de poids à son témoignage, mais, dans l'état actuel des choses, il me semble avoir plus ou moins repris en grande partie, mais pas entièrement, le contenu de l'article. La question est trop grave pour être résolue à l'aide de statistiques lorsqu'on dispose de témoignages comme celui du Dr MacLean, qui est appuyé dans une certaine mesure par celui du Dr Van Rijn.

Néanmoins, je m'estime tenu de donner suite jusqu'à un certain point à l'étude et, pour cette raison, je ne puis accepter entièrement le témoignage du Dr MacLean . . .

Il ressort du passage ci-dessus que le juge de première instance hésitait à accorder trop de poids à la preuve statistique contenue dans l'étude Eyman, un article américain qui évoquait des taux de survie de beaucoup inférieurs à l'espérance de vie que le Dr MacLean prévoyait pour Jessica.

La Cour d'appel a vu l'affaire d'un autre œil. Elle a reproché au juge de première instance de ne pas avoir accordé suffisamment de poids à la preuve statistique et, en particulier, à l'étude Eyman. Au nom de la cour, le juge Goldie a d'abord souligné que l'omission d'appeler le Dr Hill à témoigner amenait à conclure que son témoignage sur l'espérance de vie n'aurait pas étayé celui du Dr MacLean. Il a ensuite examiné en profondeur les témoignages d'expert. Il a remarqué que l'estimation du Dr MacLean était fondée sur son expérience avec des enfants non atteints de troubles épileptiques et que les enfants atteints des mêmes troubles, qu'il avait soignés au cours des deux années précédant son témoignage, étaient décédés entre l'âge de trois et dix ans. Il a en outre souligné que le Dr MacLean n'avait traité que 20 enfants atteints de troubles semblables. Le juge

it. As a direct result, Goldie J.A. found that the trial judge "misapprehended the significance of the Eyman study as well as attributing greater weight to Dr. MacLean's evidence than was warranted" (p. 127).

In conclusion, Goldie J.A. held that the trial judge did not make full or correct use of the evidence before him, and that there was "virtually no basis for his conclusion that Jessica would survive another 22 1/2 years" (p. 127). Goldie J.A. reduced the life expectancy by seven years. He noted that this was higher than warranted by the Eyman Study for immobile persons but gave effect to the optimal care enjoyed by the appellant.

The question is whether the Court of Appeal was justified in substituting its assessment of life expectancy for that of the trial judge.

It is by now well established that a Court of Appeal must not interfere with a trial judge's conclusions on matters of fact unless there is palpable or overriding error. In principle, a Court of Appeal will only intervene if the judge has made a manifest error, has ignored conclusive or relevant evidence, has misunderstood the evidence, or has drawn erroneous conclusions from it: see *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141, at pp. 188-89 (*per* L'Heureux-Dubé J.), and all cases cited therein, as well as *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353, at pp. 388-89 (*per* Wilson J.), and *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, at pp. 806-8 (*per* Ritchie J.). A Court of Appeal is clearly not entitled to interfere merely because it takes a different view of the evidence. The finding of facts and the drawing of evidentiary conclusions from facts is the province of the trial judge, not the Court of Appeal.

The Court of Appeal justified its intervention on the ground that it was in as good a position to draw

Goldie a jugé révélateur que le Dr MacLean n'ait pas lu l'étude Eyman, même s'il y avait été renvoyé. Ceci l'a amené à conclure que le juge de première instance [TRADUCTION] «a mal saisi l'importance de l'étude Eyman et a accordé au témoignage du Dr MacLean plus de poids que ce qui était justifié» (p. 127).

Pour conclure, le juge Goldie a décidé que le juge de première instance n'a pas pleinement ni correctement utilisé la preuve dont il était saisi, et qu'il n'avait [TRADUCTION] «pratiquement aucun motif de conclure que Jessica survivrait encore 22 ans et demi» (p. 127). Le juge Goldie a réduit de sept ans l'espérance de vie. Il a souligné que ce nombre était supérieur à ce que l'étude Eyman justifiait pour les personnes paralysées, mais qu'il tenait compte des soins optimaux dont jouissait l'appelante.

La question est de savoir si la Cour d'appel pouvait substituer son évaluation de l'espérance de vie à celle du juge de première instance.

Il est maintenant bien établi qu'une cour d'appel ne doit modifier les conclusions d'un juge de première instance sur des questions de fait que si celui-ci a commis une erreur manifeste et dominante. En principe, une cour d'appel n'interviendra que si le juge a commis une erreur manifeste, s'il n'a pas tenu compte d'un élément de preuve déterminant ou pertinent, s'il a mal compris la preuve ou en a tiré des conclusions erronées: voir *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, aux pp. 188 et 189 (le juge L'Heureux-Dubé), et toute la jurisprudence qui y est citée, de même que les arrêts *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353, aux pp. 388 et 389 (le juge Wilson), et *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, aux pp. 806 à 808 (le juge Ritchie). Une cour d'appel n'est manifestement pas autorisée à intervenir pour le simple motif qu'elle perçoit la preuve différemment. Il appartient au juge de première instance, et non à la cour d'appel, de tirer des conclusions de fait en matière de preuve.

La Cour d'appel a justifié son intervention en disant qu'elle était aussi bien placée que le juge de

inferences from the evidence as was the trial judge (at pp. 121-22):

There is no issue with respect to the veracity of these expert witnesses. As the trier of fact the trial judge was free to reject or adopt in whole or in part the evidence of experts he found qualified but in the absence of findings of credibility this court is in as good a position as the trial judge to review the expert evidence and to draw inferences of fact therefrom: *New Brunswick (Workmen's Compensation Board) v. Greer* (1973), [1975] 1 S.C.R. 347, 7 N.B.R. (2d) 171, 42 D.L.R. (3d) 595, 1 N.R. 99. It should undertake this task if the trial judge has failed to take into account some obvious feature of the evidence or has misapprehended its significance: *Croke (A Minor) v. Wiseman*, [1982] 1 W.L.R. 71, [1981] 3 All E.R. 852 (C.A.), per Griffiths L.J. at p. 859 (All E.R.).

I agree that the principle of non-intervention of a Court of Appeal in a trial judge's findings of facts does not apply with the same force to inferences drawn from conflicting testimony of expert witnesses where the credibility of these witnesses is not in issue. This does not however change the fact that the weight to be assigned to the various pieces of evidence is under our trial system essentially the province of the trier of fact, in this case the trial judge.

The different conclusions of the trial judge and the Court of Appeal in this case arise mainly from the differing weight they put upon the Eyman Study. It was far from clear what weight this study should carry. The study was based on figures from a different country with a different health care system from that which Jessica enjoyed. Nor did it disclose the level of care which the children who made up the statistics received. These are factors which, if Dr. MacLean was believed, were of great importance. Moreover, there was no unanimity on the importance of the extraordinarily high quality of care Jessica would receive on her life expectancy. In short, the issue was what weight should be put on disparate pieces of potentially conflicting

première instance pour tirer, à partir des faits, des conclusions en matière de preuve (aux pp. 121 et 122):

[TRADUCTION] La question de la véracité de ces témoins experts ne se pose pas. À titre de juge des faits, le juge de première instance était libre de rejeter ou d'adopter, en totalité ou en partie, le témoignage des experts qu'il a jugé compétents, mais en l'absence de conclusions sur la crédibilité, notre cour est aussi bien placée que le juge de première instance pour examiner les témoignages d'expert et en tirer des conclusions de fait: *New Brunswick (Workmen's Compensation Board) c. Greer* (1973), [1975] 1 R.C.S. 347, 7 N.B.R. (2d) 171, 42 D.L.R. (3d) 595, 1 N.R. 99. Elle devrait assumer cette tâche si le juge de première instance n'a pas tenu compte d'une caractéristique évidente de la preuve ou s'il en a mal saisi l'importance: *Croke (A Minor) c. Wiseman*, [1982] 1 W.L.R. 71, [1981] 3 All E.R. 852 (C.A.), le lord juge Griffiths, à la p. 859 (All E.R.).

Je reconnais que le principe de non-intervention d'une cour d'appel dans les conclusions de fait d'un juge de première instance ne s'applique pas avec la même vigueur aux conclusions tirées de témoignages d'expert contradictoires lorsque la crédibilité de ces derniers n'est pas en cause. Il n'en demeure pas moins que, selon notre système de procès, il appartient essentiellement au juge des faits, en l'espèce le juge de première instance, d'attribuer un poids aux différents éléments de preuve.

Si, en l'espèce, le juge de première instance et la Cour d'appel ont tiré des conclusions différentes, c'est surtout dû au fait qu'ils n'ont pas accordé le même poids à l'étude Eyman. Il était loin d'être clair quel poids devait être accordé à cette étude. Elle était fondée sur les chiffres d'un autre pays doté d'un régime de soins de santé différent de celui dont jouissait Jessica. Elle ne révélait pas non plus le niveau de soins reçus par les enfants à partir desquels les statistiques avaient été compilées. Ce sont là des facteurs qui, à en croire le Dr MacLean, étaient d'une grande importance. En outre, l'unanimité ne régnait pas sur l'importance de la qualité exceptionnelle des soins que Jessica aurait reçus en ce qui concerne son espérance de vie. Bref, il s'agissait de déterminer la valeur à accorder à divers éléments d'une preuve suscepti-

evidence. This, as I have indicated, is the province of the trier of fact.

Nor am I persuaded that the trial judge, in the case at bar, failed to consider or misapprehended some obvious feature of the evidence, the error discussed in *Croke (a minor) v. Wiseman,* [1981] 3 All E.R. 852, at pp. 859-60. The trial judge carefully considered the evidence of all the experts on the question of life expectancy, as well as the Eyman study. Concerns with respect to the applicability of the Eyman study led him to discount it to a greater degree than the Court of Appeal would have. But this does not support the conclusion that the trial judge ignored the Eyman study, in the absence of a demonstration that his concerns about its applicability were totally without foundation.

The matter of the adverse inference from the failure to call Dr. Hill remains to be considered. The trial judge drew the inference from the failure to call Dr. Hill that his evidence would not have favoured the plaintiff. Despite drawing this inference, the trial judge concluded that he should accept Dr. MacLean's evidence. As trier of fact, it was open to him to do so. It is trite law that the trier of fact may accept such evidence as he or she finds convincing, and that an appellate tribunal ought not to interfere unless it is persuaded that the result amounts to a "palpable or overriding error".

I conclude that the Court of Appeal erred in interfering with the trial judge's conclusion on life expectancy.

2. The Use of Female Earning Tables and the Treatment of Loss of Marriage Benefits in Fixing the Award for Lost Earning Capacity

In order to determine the award for Jessica's lost earning capacity, the trial judge was required to consider what Jessica would have earned had

ble d'être contradictoire. Comme je l'ai indiqué, c'est au juge des faits qu'il appartient de le faire.

Je ne suis pas persuadée non plus, en l'espèce, que le juge de première instance n'a pas tenu compte d'une caractéristique évidente de la preuve ou qu'il l'a mal saisie, c.-à-d. qu'il a commis le genre d'erreur analysée dans l'arrêt *Croke (a minor) c. Wiseman*, [1981] 3 All E.R. 852, aux pp. 859 et 860. Le juge de première instance a examiné soigneusement le témoignage de tous les experts sur la question de l'espérance de vie, de même que l'étude Eyman. Ses préoccupations relatives à l'applicabilité de l'étude Eyman l'ont amené à en faire moins de cas que la Cour d'appel ne l'aurait fait. Mais cela ne permet pas de conclure que le juge de première instance n'a pas tenu compte de l'étude Eyman, en l'absence d'une démonstration que ses préoccupations, quant à l'applicabilité de cette étude, n'étaient absolument pas fondées.

Reste à examiner la question de la conclusion défavorable, tirée de l'omission d'appeler le Dr Hill à témoigner. Le juge de première instance a conclu de cette omission que le témoignage du Dr Hill n'aurait pas favorisé la demanderesse. Malgré tout, il a décidé qu'il y avait lieu d'accepter le témoignage du Dr MacLean, ce qu'il pouvait faire, à titre de juge des faits. Il est bien établi en droit que le juge des faits peut accepter la preuve qu'il juge convaincante et que le tribunal d'appel ne devrait intervenir que s'il est convaincu que le résultat constitue une erreur «manifeste et dominante».

Je conclus que la Cour d'appel a commis une erreur en modifiant la conclusion du juge de première instance sur l'espérance de vie.

2. L'utilisation des tables de revenus des femmes et la façon de traiter la perte des bénéfices découlant du mariage pour fixer l'indemnité relative à la perte de capacité de gagner un revenu

Pour fixer l'indemnité relative à la perte de la capacité de Jessica de gagner un revenu, le juge de première instance devait considérer ce qu'elle

she not been injured at birth. Counsel for Jessica at trial asked the judge to base the award for lost earning capacity on earning tables for women with post-secondary non-university training. Counsel, through the expert witness Carson, introduced male earning tables, but advised the judge that this was done "simply for comparative purposes" and further assured the judge "we're not going to rely upon [them]". The judge accordingly drew a line through them, striking them from the record.

aurait gagné si elle n'avait pas subi de lésions à sa naissance. L'avocat de Jessica au procès a demandé au juge d'établir l'indemnité relative à la perte de capacité de gagner un revenu en fonction des tables de revenus des femmes possédant une formation post-secondaire, non universitaire. Par l'intermédiaire du témoin expert Carson, l'avocat a produit des tables de revenus des hommes, tout en avisant le juge qu'il ne le faisait [TRADUCTION] «qu'à des fins de comparaison», et en l'assurant par ailleurs que [TRADUCTION] «nous ne nous appuierons pas sur ces tables». Le juge les a donc radiées du dossier en traçant une ligne sur elles.

The trial judge, noting that assessing loss of future earning capacity involves many hypotheticals, based his analysis in the main on the assumptions proposed by Jessica's counsel: that Jessica, had she not been injured, would have received non-university post-secondary education; and that she would have entered the workforce at the age of 19 and remained in it until the age of 65. This resulted in an award, when discounted for present value, of $292,758.

Faisant remarquer que l'évaluation de la perte de la capacité future de gagner un revenu repose sur de nombreuses hypothèses, le juge de première instance a fondé son analyse essentiellement sur les suppositions avancées par l'avocat de Jessica: si elle n'avait pas subi de lésions, Jessica aurait reçu une formation post-secondaire, non universitaire; elle serait arrivée sur le marché du travail à l'âge de 19 ans et y serait demeurée jusqu'à 65 ans. Il en est résulté une indemnité d'une valeur actualisée de 292 758 $.

But the trial judge went further. Jessica's counsel had not asked him to increase the award to compensate for the fact that the earning tables for women reflect past inequities which have historically resulted in women on average earning less than men, inequities which arguably should not be imposed on Jessica. Nevertheless, the trial judge took this matter into consideration. Given the conduct of the case, he had no evidence before him of what people would earn in the future, assuming income parity between females and males. Indeed, he did not have the male earnings tables in evidence before him. This absence of evidence precluded a detailed calculation on a "gender neutral" basis. But the trial judge did consider this factor as one of the positive contingencies which justified a higher award than might otherwise be the case, stating that he was weighing "other contingencies such as the possibility of family income, early retirement packages and the trend to increase and equalize the salaries of women with those of men"

Le juge de première instance est toutefois allé plus loin. L'avocat de Jessica ne lui avait pas demandé d'augmenter l'indemnité pour compenser le fait que les tables de revenus des femmes reflètent les injustices passées qui, historiquement, ont fait en sorte qu'en moyenne le revenu des femmes est inférieur à celui des hommes, et dont, pourrait-on soutenir, Jessica ne devrait pas être victime. Le juge de première instance a néanmoins pris ce facteur en considération. Compte tenu du déroulement de l'affaire, il ne bénéficiait d'aucune preuve sur le revenu des gens dans l'avenir et il a tenu pour acquis qu'il y aurait parité salariale entre les femmes et les hommes. En fait, les tables de revenus des hommes n'avaient pas été déposées en preuve devant lui. En raison de l'absence de cette preuve, aucun calcul détaillé ne pouvait être effectué de façon neutre sur le plan des sexes. Le juge de première instance a toutefois considéré ce facteur comme l'une des éventualités positives qui justifiaient d'accorder une indemnité supérieure à

(emphasis added). The Court of Appeal generally affirmed the trial judge's conclusions on this point.

Before us, counsel for Jessica argued that both the trial judge and the Court of Appeal had erred. She urged this Court to set aside their award for lost future earning capacity and to substitute an award based on male earning tables.

Any attempt to implement this submission on this appeal runs squarely up against the impediment that, on the record and submissions of counsel before the trial judge, it is impossible to say that the trial judge erred, much less that his conclusion on the award for lost future earning capacity was wholly erroneous. The trial judge in fact went further than counsel for Jessica urged him to do in considering the potential inequity of applying earning tables based on past earnings of women. Given that the only evidence on the record before the trial judge was the earning table for women, and given that he was asked to apply only this table, the most the trial judge could do was take into account as a positive contingency the expectation that as greater equality is achieved between men and women in our society, women's earnings will increase. This Court is in no better position. Due to the manner in which this case was presented at trial, we are not in a position to entertain the arguments advanced for the first time in this Court that female earning tables should be replaced by other alternatives. Consideration of these arguments must await another case, where the proper evidentiary foundation has been laid.

ce qui, autrement, pourrait être accordé, indiquant qu'il soupesait [TRADUCTION] «d'autres éventualités, comme la possibilité de jouir d'un revenu familial, de bénéficier d'un programme de retraite anticipée, et la tendance à augmenter les salaires des femmes et à les rendre égaux à ceux des hommes» (je souligne). La Cour d'appel a généralement confirmé les conclusions du juge de première instance sur ce point.

Devant nous, l'avocate de Jessica a soutenu que le juge de première instance et la Cour d'appel avaient tous deux commis une erreur. Elle a pressé notre Cour d'annuler l'indemnité pour la perte de capacité future de gagner un revenu et de la remplacer par une indemnité fondée sur les tables de revenus des hommes.

Toute tentative de donner suite à cet argument dans le présent pourvoi se heurte directement au fait que, d'après le dossier et l'argumentation de l'avocat devant le juge de première instance, il est impossible d'affirmer que le juge de première instance a commis une erreur et, encore moins, que sa conclusion sur l'indemnité pour la perte de capacité future de gagner un revenu était tout à fait erronée. Le juge de première instance est, en fait, allé plus loin que ce que l'avocat de Jessica le pressait de faire, en considérant l'injustice que pourrait créer l'application des tables de revenus fondées sur les revenus passés des femmes. Étant donné que seule la table de revenus des femmes a été déposée en preuve devant le juge de première instance et qu'on lui a demandé de n'appliquer que cette table, tout ce que le juge pouvait faire était de tenir compte, à titre d'éventualité positive, de l'espoir qu'à mesure qu'une plus grande égalité entre les hommes et les femmes sera réalisée dans notre société, les revenus de ces dernières augmenteront. Notre Cour n'est pas mieux placée. En raison de la manière dont la présente affaire a été présentée au procès, nous ne sommes pas en mesure de connaître des arguments soumis pour la première fois devant nous, selon lesquels les tables de revenus des femmes devraient être remplacées par autre chose. Ces arguments devront être examinés dans le cadre d'une autre affaire où les éléments de preuve pertinents auront été produits.

Counsel for the appellant submits in the alternative that the trial judge and the Court of Appeal erred in failing to make adequate allowance for loss of marriage benefits. This claim raises similar evidentiary problems. On the state of the record before us, it is not open to us to say the courts below were in error and substitute our own view.

L'avocate de l'appelante soutient subsidiairement que le juge de première instance et la Cour d'appel ont commis une erreur en ne tenant pas compte suffisamment de la perte des bénéfices découlant du mariage. Cet argument soulève des problèmes de preuve similaires. D'après le dossier dont nous sommes saisis, il ne nous est pas loisible d'affirmer que les instances inférieures ont commis une erreur et de substituer notre propre point de vue.

3. The Deduction of 50 Per Cent for Personal Living Expenses from the Award for Lost Earning Capacity during the "Lost Years"

3. La déduction de 50 pour 100, pour frais de subsistance, de l'indemnité accordée pour la perte de capacité de gagner un revenu pendant les «années perdues»

Jessica is entitled to an award for the loss of earning capacity, not only for the years she will actually live, but for the years she would have lived had she not been injured at birth. It is established that a deduction for personal living expenses must be made from the award for lost earning capacity for the years she will actually live. This is necessary to avoid duplication with the award for cost of future care. The question is whether a similar deduction should be made from the award for lost earning capacity for the years after the plaintiff's projected death. In this case, the bulk of the earnings fall into the latter category.

Jessica a droit à une indemnité pour la perte de capacité de gagner un revenu, non seulement pour les années qu'elle vivra, mais pour les années pendant lesquelles elle aurait vécu si elle n'avait pas subi de lésions à sa naissance. Il est reconnu que les frais de subsistance doivent être déduits de l'indemnité pour la perte de capacité de gagner un revenu pendant les années qu'elle vivra. Cela est nécessaire afin d'éviter le dédoublement avec l'indemnité accordée pour les soins futurs. Il s'agit de savoir si une déduction semblable devrait être faite de l'indemnité pour la perte de capacité de gagner un revenu pendant les années suivant le décès prévu de la demanderesse. En l'espèce, la plus grande partie des revenus tombe dans cette dernière catégorie.

The trial judge made no deduction for personal expenses. The Court of Appeal deducted 50 per cent on this account. In so ruling, the Court of Appeal followed its earlier decision in *Semenoff v. Kokan* (1991), 59 B.C.L.R. (2d) 195. This approach reflects the view taken in England (*Pickett v. British Rail Engineering Ltd.*, [1979] 1 All E.R. 774 (H.L.)) and in Australia (*Skelton v. Collins* (1966), 115 C.L.R. 94 (H.C.)).

Le juge de première instance n'a fait aucune déduction pour frais de subsistance. La Cour d'appel a fait une déduction de 50 pour 100 à ce titre. Elle a ainsi suivi son arrêt antérieur *Semenoff c. Kokan* (1991), 59 B.C.L.R. (2d) 195. Ce point de vue reflète celui adopté en Angleterre (*Pickett c. British Rail Engineering Ltd.*, [1979] 1 All E.R. 774 (H.L.)) et en Australie (*Skelton c. Collins* (1966), 115 C.L.R. 94 (H.C.)).

A number of considerations suggest that a deduction for personal living expenses should be made from the award for lost earning capacity during the "lost years". The first is the fact that the projected earnings could not have been earned except on the supposition that the plaintiff would

Un certain nombre de considérations portent à croire qu'il y a lieu de déduire les frais de subsistance de l'indemnité pour la perte de capacité de gagner un revenu pendant les «années perdues». Il y a d'abord le fait que les revenus estimatifs n'auraient pu être gagnés, sauf si l'on suppose que la

have been alive to earn them. There can be no capacity to earn without a life. The maintenance of that life requires expenditure for personal living expenses. Hence the earnings which the award represents are conditional on personal living expenses having been incurred. It follows that such expenses may appropriately be deducted from the award. Against this, it is argued that if Jessica had been born a millionaire, her personal living expenses during the "lost years" would have been met from other sources. But this does not negate the fact that in order to earn income one must live and incur the attendant expenses.

It can be argued that not to make a deduction for personal living expenses is to introduce into the award for lost earning capacity for the "lost years" a measure of overcompensation akin to the duplication which the law avoids in the case of an award for lost earnings during the plaintiff's actual lifespan. This deduction has been justified for the years before the plaintiff's actual projected death, on the ground that it avoids duplication between the award for cost of care and the award for lost earning capacity. But in fact, the "lived years" and the "lost years" cannot be so easily distinguished. The same reasoning applies to both: had the plaintiff been in a position to earn the monies represented by the award for lost earning capacity, she would have had to spend a portion of them for living expenses. Not to recognize this is to introduce an element of duplication and to put the plaintiff in a better position than she would have been in had she actually earned the monies in question.

The logic of the making of a deduction for personal living expenses on the lost years in the case of a child is also supported by the argument that since Jessica's care is fully provided for under another head of the award, the award for lost earning capacity will serve but one purpose: to enrich her heirs. It will do little to improve her life. As Cooper-Stephenson and Saunders persuasively

demanderesse aurait été vivante pour les gagner. Sans vie, il ne peut exister de capacité de gagner un revenu. Le maintien de cette vie engendre nécessairement des frais de subsistance. En conséquence, les gains que l'indemnité représente sont assujettis à l'engagement de frais de subsistance. Il s'ensuit que ces dépenses peuvent être déduites à bon droit de l'indemnité en cause. On fait valoir, à l'encontre de cela, que si Jessica avait été millionnaire à sa naissance, ses frais de subsistance au cours des «années perdues» auraient été couverts à partir d'autres sources. Il reste toutefois que, pour gagner un revenu, il faut vivre et engager les frais de subsistance concomitants.

On peut soutenir que la non-déduction de frais de subsistance revient à introduire, dans l'indemnité pour la perte de capacité de gagner un revenu pendant les «années perdues», une mesure de compensation excessive semblable au dédoublement que la loi évite dans le cas d'une indemnité pour les revenus perdus au cours de la vie de la demanderesse. Cette déduction a été justifiée pour les années antérieures au décès prévu de la demanderesse, pour le motif qu'elle permet d'éviter le dédoublement entre l'indemnité pour les soins et l'indemnité pour la perte de capacité de gagner un revenu. Mais en fait, on ne peut distinguer si aisément les «années vécues» des «années perdues». Le même raisonnement s'applique aux deux: si la demanderesse avait été en mesure de gagner les sommes représentées par l'indemnité pour la perte de capacité de gagner un revenu, elle aurait dû en dépenser une partie au titre des frais de subsistance. La non-reconnaissance de ce fait introduit un élément de dédoublement et place la demanderesse dans une meilleure situation qu'elle ne l'aurait été si elle avait effectivement gagné les sommes en question.

La logique derrière la déduction des frais de subsistance relativement aux années perdues dans le cas d'un enfant est également appuyée par l'argument voulant que, puisqu'on pourvoit entièrement aux soins de Jessica sous un autre volet du montant accordé, l'indemnité pour la perte de capacité de gagner un revenu ne servira qu'un but: enrichir ses héritiers. Elle contribuera peu à amé-

argue in *Personal Injury Damages in Canada* (1981), at p. 244, the amount by which heirs can ordinarily expect to be enriched by a victim's putative earnings is small indeed:

> . . . the award of damages to a very young child for prospective loss of earnings during the lost years should reflect only that portion of the entire lifetime earnings which the court estimates would have been saved by the child for his estate, at the end of his pre-accident life expectancy. It may result in a very small award. . . .

I conclude that logical and functional considerations combine to suggest that it is appropriate to make a deduction for personal living expenses from the award for lost earning capacity during the "lost years".

4. Conclusion

I would allow the appeal in part. I would restore the decision of the trial judge that the appellant's life expectancy is 22 1/2 years from the date of trial. I would maintain the Court of Appeal's deduction of 50 per cent from the award for lost earning capacity.

Costs here and below should be assessed in accordance with the disposition of the respective issues.

Appeal allowed in part.

Solicitors for the appellant: Roberts, Muir & Griffin, Vancouver.

Solicitors for the respondent Savein: Harper Grey Easton, Vancouver.

Solicitors for the respondent Burnaby Hospital: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

liorer sa qualité de sa vie. Comme Cooper-Stephenson et Saunders le soutiennent d'une manière persuasive dans *Personal Injury Damages in Canada* (1981), à la p. 244, le montant dont les héritiers peuvent habituellement s'attendre à être enrichis par les gains putatifs d'une victime est vraiment minime:

> [TRADUCTION] . . . les dommages-intérêts accordés à un très jeune enfant pour la perte éventuelle de gains au cours des années perdues ne devrait refléter que la partie des gains de sa vie entière qui, de l'avis de la cour, aurait été épargnée par l'enfant pour sa succession, à la fin de son espérance de vie antérieure à l'accident. Il peut en résulter un montant très minime . . .

Je conclus que, pour des considérations à la fois logiques et pratiques, il convient de déduire les frais de subsistance de l'indemnité pour la perte de capacité de gagner un revenu pendant les «années perdues».

4. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de rétablir la décision du juge de première instance que l'espérance de vie de l'appelante est de 22 ans et demi à compter de la date du procès. Je suis d'avis de maintenir la déduction, par la Cour d'appel, de 50 pour 100 de l'indemnité accordée pour la perte de capacité de gagner un revenu.

Les dépens dans toutes les cours devraient être fixés en fonction des réponses données à chacune des questions en litige.

Pourvoi accueilli en partie.

Procureurs de l'appelante: Roberts, Muir & Griffin, Vancouver.

Procureurs de l'intimé Savein: Harper Grey Easton, Vancouver.

Procureurs de l'intimé Burnaby Hospital: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Giuseppe Arcangioli *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* ARCANGIOLI

File No.: 23380.

1993: November 12; 1994: January 27.

Present: Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Third party's propensity for violence — Charge to jury — Accused charged with aggravated assault following a stabbing — Defence advancing theory that stabbing committed by third party — Evidence adduced by defence indicating that third party had stabbed another person earlier that evening and had been previously convicted of armed robbery — Whether trial judge properly instructed jury on use to be made of defence evidence concerning third party's propensity for violence — Whether curative provision of Criminal Code should be applied — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Criminal law — Evidence — Consciousness of guilt — Flight from crime scene — Charge to jury — Accused charged with aggravated assault following a stabbing — Accused admitted punching victim but testified that stabbing was committed by third party — Whether trial judge properly instructed jury on inferences to be drawn from accused's flight from crime scene — Whether curative provision of Criminal Code should be applied — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

The accused was charged with aggravated assault in connection with a stabbing which occurred during a fight. At trial, the accused admitted punching the victim several times but testified that he fled when he saw S, another person on the scene, stab the victim in the back. The defence adduced evidence connecting S with a previous stabbing, which had occurred a short distance away earlier that evening, and evidence showing that S

Giuseppe Arcangioli *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* ARCANGIOLI

N° du greffe: 23380.

1993: 12 novembre; 1994: 27 janvier.

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

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

Droit criminel — Preuve — Propension d'un tiers à la violence — Exposé au jury — Accusation de voies de fait graves portée à la suite d'une agression à coups de couteau — Thèse de la défense selon laquelle l'agression à coups de couteau est le fait d'un tiers — Production par la défense d'une preuve indiquant qu'un tiers, déjà déclaré coupable de vol à main armée, avait poignardé une autre personne plus tôt ce soir-là — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives appropriées sur l'usage qui devait être fait de la preuve de la défense concernant la propension du tiers à la violence? — Y a-t-il lieu d'appliquer la disposition réparatrice du Code criminel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

Droit criminel — Preuve — Conscience de culpabilité — Fuite des lieux du crime — Exposé au jury — Accusation de voies de fait graves portée à la suite d'une agression à coups de couteau — L'accusé a avoué avoir frappé la victime à coups de poing mais a témoigné que l'agression à coups de couteau était le fait d'un tiers — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives appropriées sur les conclusions à tirer du fait que l'accusé s'était enfui des lieux du crime? — Y a-t-il lieu d'appliquer la disposition réparatrice du Code criminel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

L'accusé a été inculpé de voies de fait graves relativement à une agression à coups de couteau survenue au cours d'une bagarre. Au procès, l'accusé a avoué avoir assené plusieurs coups de poing à la victime mais a témoigné avoir pris la fuite lorsqu'il a vu S, une autre personne sur les lieux, poignarder la victime dans le dos. La défense a présenté une preuve reliant S à une agression à coups de couteau survenue près de là, plus tôt le

had a criminal record for break and enter, theft, breach of probation, and armed robbery during which a gun and a knife were wielded. In his testimony, S denied both stabbings and being armed during the armed robbery. Several witnesses to the fight corroborated the accused's version of the events but it was the Crown's theory that those witnesses, all of whom were friends of the accused, fabricated their stories in order to place the blame for the stabbing on S. The trial judge instructed the jury that S's criminal record was relevant to the issue of his credibility as a witness. He also instructed the jury that the evidence of the accused's flight was a factor to be considered in reaching their verdict but that this evidence was not conclusive as innocent people sometimes flee the scene of a crime. Defence counsel at trial did not object to the trial judge's charge on these issues. The accused was convicted of aggravated assault and his conviction was affirmed by a majority of the Court of Appeal.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

The trial judge failed to charge the jury properly with respect to the use that could be made of the evidence adduced by the accused concerning S's bad character or propensity for violence. The evidence of S's previous conviction for armed robbery and his connection with the first stabbing incident was sufficiently probative to warrant its admission and use for the purpose of establishing that S had wielded a knife in the past and was therefore likely to have stabbed the victim. The trial judge's instructions that the jury could consider S's criminal record in assessing his credibility as a witness, however, may have misled the jury into supposing that S's character evidence could not be used as proof of his disposition. To avoid any confusion in this case, the trial judge should have also instructed the jury that if, and to the extent that, they accepted the evidence of S's character, they were entitled to consider such evidence in support of the defence theory that there was a reasonable doubt S, rather than the accused, stabbed the victim. On the facts of this case, the jury might not have known that the evidence could be relied upon for that purpose. Although defence counsel did not raise this issue before the trial judge, the defence theory arose naturally and clearly out of the evidence and the accused was entitled to have the jury charged with respect to it. If properly

même soir, et une preuve montrant que S avait un casier judiciaire pour introduction par effraction, vol, violation des conditions d'une ordonnance de probation et vol à main armée au cours duquel une arme à feu et un couteau avaient été brandis. Dans son témoignage, S a nié avoir participé aux deux agressions à coups de couteau et avoir été armé au cours du vol à main armée. Plusieurs témoins de la bagarre ont corroboré la version des faits de l'accusé mais, selon la thèse du ministère public, ces témoins, tous amis de l'accusé, ont fabriqué leurs récits en vue de rejeter le blâme sur S. Le juge du procès a, dans ses directives au jury, dit que le casier judiciaire de S était pertinent eu égard à la question de sa crédibilité à titre de témoin. Elle a également dit au jury que la preuve de la fuite de l'accusé était un facteur à prendre en considération en rendant son verdict, mais que cette preuve n'était pas concluante puisqu'il arrive parfois que des personnes innocentes s'enfuient des lieux d'un crime. Au procès, l'avocat de la défense ne s'est pas opposé à l'exposé du juge sur ces questions. L'accusé a été reconnu coupable de voies de fait graves et la Cour d'appel à la majorité a confirmé sa déclaration de culpabilité.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Le juge du procès n'a pas donné au jury des directives appropriées quant à l'usage qui pouvait être fait de la preuve présentées par l'accusé au sujet de la mauvaise moralité de S ou de sa propension à la violence. La preuve de sa déclaration antérieure de culpabilité de vol à main armée et de son lien avec la première agression à coups de couteau était suffisamment probante pour en justifier l'admission et l'utilisation dans le but d'établir que S avait brandi un couteau dans le passé et qu'il était donc susceptible d'avoir poignardé la victime. Il se peut toutefois que les directives du juge du procès, suivant lesquelles le jury pouvait examiner le casier judiciaire de S pour évaluer sa crédibilité à titre de témoin, aient amené à tort le jury à supposer que la preuve de la moralité de S ne pouvait servir de preuve de sa prédisposition. Pour éviter toute confusion en l'espèce, le juge du procès aurait dû également dire au jury que, s'il acceptait la preuve de la moralité de S, il était en droit de prendre en considération cette preuve à l'appui de la thèse de la défense selon laquelle il y avait un doute raisonnable que c'était S, plutôt que l'accusé, qui avait poignardé la victime. D'après les faits de la présente affaire, il se pourrait que le jury n'ait pas su qu'il pouvait, à cette fin, se fonder sur cette preuve. Bien que l'avocat de l'accusé n'ait pas soulevé cette question devant le juge du procès, la thèse de la défense découlait naturellement et nettement de la preuve et l'accusé avait

instructed, it is possible that the jury would have had a reasonable doubt as to the accused's guilt.

As well, the trial judge failed to instruct the jury properly regarding the use that could be made of the evidence of the accused's flight from the scene. To be useful, flight must give rise to an inference of consciousness of guilt in regard to a specific offence. Where an accused's conduct may be equally explained by reference to consciousness of guilt of two or more offences, and where an accused has admitted culpability in respect of one or more of these offences, a trial judge should instruct a jury that such evidence has no probative value with respect to any particular offence. Any inference to be drawn from flight disappears when an explanation for such flight is available. Here, the jury should have been warned against drawing any inference from the fact of flight. The trial judge's direction that even innocent people sometimes flee the scene of a crime was insufficient in light of the fact that the accused admitted that he had committed common assault by punching the victim, and thus had reason to flee. The trial judge should have instructed the jury that because his flight was equally consistent with common assault and with aggravated assault, it could not support an inference of consciousness of guilt with respect to the latter. Since she did not charge the jury in those terms, there is a danger that the jury may have wrongly inferred from the evidence that the accused fled because of his guilt in stabbing the victim.

Section 686(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code* is inapplicable in the present case. There is a possibility that, but for the trial judge's errors, the jury's verdict would have been different. Defence counsel's failure to object to a jury charge is not determinative of the applicability of the *Code*'s curative provision.

Cases Cited

Applied: *United States v. Myers*, 550 F.2d 1036 (1977); **referred to:** *R. v. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481; *R. v. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160, aff'd [1977] 2 S.C.R. 824; *R. v. Williams* (1985), 18 C.C.C. (3d) 356; *R. v. Yaeck* (1991), 68 C.C.C. (3d) 545, leave to appeal refused, [1992] 1 S.C.R. xii; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Kendall* (1987), 35

droit à ce que le jury reçoive des directives à cet égard. S'il avait reçu des directives appropriées, le jury aurait pu avoir un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé.

Le juge du procès n'a pas non plus donné au jury des directives appropriées quant à l'usage qui pouvait être fait de la preuve du fait que l'accusé s'était enfui des lieux. Pour constituer un élément utile, la fuite doit donner lieu à une conclusion de conscience de culpabilité d'une infraction précise. Lorsque le comportement de l'accusé peut s'expliquer tout autant par une conscience de culpabilité de deux infractions ou plus, et que l'accusé a reconnu sa culpabilité à l'égard d'une seule ou de plusieurs parmi ces infractions, le juge du procès devrait donner comme directive au jury que cette preuve n'a aucune valeur probante relativement à une infraction précise. Toute conclusion à tirer de la fuite disparaît lorsqu'il est possible d'en fournir une explication. En l'espèce, le jury aurait dû être averti de ne tirer aucune conclusion de la fuite. La directive du juge du procès selon laquelle même des personnes innocentes peuvent parfois s'enfuir des lieux d'un crime était insuffisante compte tenu du fait que l'accusé a avoué avoir commis des voies de fait simples en frappant la victime à coups de poing et qu'il avait donc des raisons de s'enfuir. Le juge du procès aurait dû dire au jury que, parce que la fuite de l'accusé était tout aussi compatible avec les voies de fait simples qu'avec les voies de fait graves, elle ne pouvait pas justifier une conclusion de conscience de culpabilité à l'égard de cette dernière infraction. Étant donné que le juge n'a pas donné au jury des directives en ce sens, il y a un risque que le jury ait erronément conclu de la preuve que l'accusé a pris la fuite parce qu'il était coupable d'avoir poignardé la victime.

Le sous-alinéa 686(1)*b*)(iii) du *Code criminel* est inapplicable en l'espèce. Il existe une possibilité que le verdict du jury eut été différent en l'absence des erreurs du juge du procès. L'omission de l'avocat de la défense de s'opposer à un exposé au jury n'est pas déterminante quant à l'applicabilité de la disposition réparatrice du *Code*.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *United States c. Myers*, 550 F.2d 1036 (1977); **arrêts mentionnés:** *R. c. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481; *R. c. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160, conf. par [1977] 2 R.C.S. 824; *R. c. Williams* (1985), 18 C.C.C. (3d) 356; *R. c. Yaeck* (1991), 68 C.C.C. (3d) 545, autorisation de pourvoi refusée, [1992] 1 R.C.S. xii; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c.*

C.C.C. (3d) 105; *R. v. Squire*, [1977] 2 S.C.R. 13; *MacAskill v. The King*, [1931] S.C.R. 330; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *Gudmondson v. The King* (1933), 60 C.C.C. 332; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(*b*)(iii) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 145(1); am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)].

Authors Cited

McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

Wigmore, John Henry. *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1, 3rd ed. Boston: Little Brown & Co., 1940.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1993), 18 W.C.B. (2d) 270, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of aggravated assault. Appeal allowed and new trial ordered.

Clayton C. Ruby, for the appellant.

Jamie C. Klukach, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. — The appellant was convicted by a judge and jury of aggravated assault in connection with a stabbing and was sentenced to four years' imprisonment. An appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed, Galligan J.A. dissenting.

The appellant appeals as of right on the point of law raised in Galligan J.A.'s dissent, i.e., whether the trial judge properly instructed the jury regard-

Kendall (1987), 35 C.C.C. (3d) 105; *R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13; *MacAskill c. The King*, [1931] R.C.S. 330; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *Gudmondson c. The King* (1933), 60 C.C.C. 332; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)*b*)(iii) [mod. ch. 27 (1er suppl.), art. 145(1); mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)].

Doctrine citée

McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

Wigmore, John Henry. *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1, 3rd ed. Boston: Little Brown & Co., 1940.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1993), 18 W.C.B. (2d) 270, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relative à une accusation de voies de fait graves. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Clayton C. Ruby, pour l'appelant.

Jamie C. Klukach, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — À l'issue d'un procès devant juge et jury, l'appelant a été déclaré coupable de voies de fait graves relativement à une agression à coups de couteau et il a été condamné à quatre ans d'emprisonnement. L'appel interjeté devant la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté, le juge Galligan étant dissident.

L'appelant se pourvoit de plein droit sur le point de droit soulevé dans la dissidence du juge Galligan, à savoir si le juge du procès a donné au jury

ing evidence adduced by the accused to the effect that another person at the scene of the crime had minutes earlier stabbed another person, and therefore was more likely than the accused to have stabbed the victim. The appellant was also granted leave to argue the additional issue of whether the trial judge properly instructed the jury with respect to the inference to be drawn from the fact that he ran from the scene of the crime.

des directives appropriées concernant la preuve produite par l'accusé, suivant laquelle une autre personne présente sur les lieux du crime en avait, quelques minutes auparavant, poignardé une autre et était donc plus susceptible que l'accusé d'avoir poignardé la victime. L'appelant a obtenu l'autorisation de soulever également la question du caractère suffisant des directives au jury touchant la conclusion à tirer du fait qu'il s'est enfui des lieux du crime.

I. The Facts

A scuffle occurred outside Rafferty's, a Scarborough bar, at approximately 1:00 a.m. on August 22, 1991. One of the participants, Theodore Heffern, tried to escape and was chased by a number of individuals, including the appellant. Heffern ran onto the poorly-lit porch of a neighbouring house. One member of the pursuing group, Edward Sweeney, followed him onto the porch and began punching and kicking him. The appellant joined the fracas, and admits to having punched Heffern several times. When it became apparent that Heffern had been stabbed in the back, the appellant, Sweeney and a number of witnesses fled the scene.

The appellant admitted common assault but denied aggravated assault, and gave evidence that he saw a black man, whom he identified as Jason Semester, approach the porch with a knife, stab Heffern and flee.

Heffern testified that he did not see who stabbed him and that he did not see anyone other than the appellant and Sweeney on or near the porch at the time of the attack. He noted, however, that he had blacked out for approximately 10 seconds during the incident.

Semester denied stabbing Heffern. He testified that he saw three men, including the victim, on or near the porch during the assault, but that he did not see anyone being stabbed. He also said that

I. Les faits

Une bagarre a éclaté à l'extérieur du Rafferty's, un bar de Scarborough, vers 1 h le 22 août 1991. L'un des protagonistes, Theodore Heffern, a tenté de s'échapper et a été poursuivi par un certain nombre d'individus dont l'appelant. Heffern s'est rendu en courant sur la galerie faiblement éclairée d'une maison voisine. Un des poursuivants, Edward Sweeney, l'a suivi sur la galerie et s'est mis à le frapper à coups de poing et de pied. L'appelant s'est joint à la bagarre et a avoué avoir assené plusieurs coups de poing à Heffern. Quand il est devenu manifeste que celui-ci avait été poignardé dans le dos, l'appelant, Sweeney et quelques autres témoins ont pris la fuite.

L'appelant a avoué avoir commis des voies de fait simples mais a nié avoir commis des voies de fait graves. Il a déclaré en témoignage avoir vu un homme de race noire, qu'il a identifié comme étant Jason Semester, s'approcher de la galerie armé d'un couteau, poignarder Heffern et s'enfuir.

Heffern a témoigné ne pas avoir vu la personne qui l'a poignardé et n'avoir vu personne d'autre que l'appelant et Sweeney sur la galerie ou à proximité de celle-ci au moment de l'attaque. Il a cependant souligné qu'il avait perdu conscience pendant une dizaine de secondes au cours de l'incident.

Semester a nié avoir poignardé Heffern. Il a témoigné qu'il a vu trois hommes, dont la victime, sur la galerie ou à proximité de celle-ci pendant l'agression, mais qu'il n'a vu personne être poi-

there were a number of black men, in addition to himself, who witnessed the event.

James Kelly, Todd Ford and Reginald Nash, who were among the witnesses to the assault on the porch, testified at trial in support of the appellant's version of the events. It was the Crown's theory that those witnesses, all of whom were friends of the appellant, fabricated their stories in order to place the blame for the stabbing on Semester.

Kelly's evidence was that he saw Semester go up to the porch and stab Heffern. He also stated that he had spoken to Semester prior to the attack and that Semester appeared to be "buzzed" or "high" on drugs.

Ford testified that a number of black men were present during the assault and that he saw an individual matching Semester's general description approach the porch, stick his hand through the porch railing, and then flee. Ford further testified that he noticed moments later that the same man was carrying a knife.

Nash testified that while he did not see anyone run up to the porch or stab Heffern, he did see an individual matching Semester's description, and whom he identified at trial as being Semester, run away from the porch. He also claimed that there was only one black man among the crowd who witnessed the assault and that he heard a member of the crowd say that Heffern had been stabbed by a black man. Nash further testified that an hour after the assault had occurred, he met Semester who showed him a bloody knife and admitted to the stabbing. However, when arrested and charged with aggravated assault in connection with the incident, Nash did not reveal that information to the police. At trial, he explained his silence on the grounds that he did not want to get anyone involved with the police and that he was afraid that Semester or others would harm him if he implicated Semester in the stabbing.

gnardé. Il a également dit qu'un certain nombre d'hommes de race noire avaient, comme lui, été témoins de l'événement.

James Kelly, Todd Ford et Reginald Nash, qui étaient au nombre des témoins de l'agression sur la galerie, ont témoigné au procès à l'appui de la version des faits de l'appelant. Selon la thèse du ministère public, ces témoins, tous amis de l'appelant, ont fabriqué leurs récits en vue de rejeter le blâme sur Semester.

Dans sa déposition, Kelly a déclaré avoir vu Semester monter sur la galerie et poignarder Heffern. Il a ajouté qu'il avait parlé à Semester avant l'attaque et que celui-ci lui était apparu «gelé» ou «parti» sous l'effet de la drogue.

Ford a témoigné qu'un certain nombre de Noirs étaient présents au moment de l'agression, qu'il avait vu un individu correspondant au signalement général de Semester s'approcher de la galerie, passer la main à travers les barreaux puis s'enfuir. Ford a ajouté avoir remarqué quelques instants plus tard que le même homme portait un couteau.

Nash a témoigné n'avoir vu personne monter en courant sur la galerie ou poignarder Heffern, mais il a affirmé avoir aperçu un individu correspondant au signalement de Semester, et qu'il a identifié au procès comme étant Semester, s'enfuir en courant de la galerie. Il a également prétendu qu'il n'y avait qu'un seul Noir parmi les témoins de l'agression et qu'il avait entendu l'un d'eux affirmer que Heffern avait été poignardé par un Noir. Nash a ajouté qu'une heure après l'agression il a rencontré Semester qui lui a montré un couteau maculé de sang en avouant avoir poignardé la victime. Toutefois, lorsqu'il a été arrêté et accusé de voies de fait graves en rapport avec l'incident, Nash n'a pas divulgué ce renseignement à la police. Au procès, il a justifié son silence par le fait qu'il voulait éviter que quelqu'un ait des démêlés avec la police et qu'il craignait que Semester ou d'autres personnes lui fassent du mal s'il impliquait Semester dans l'agression à coups de couteau.

Another witness, Kerri-Ann Parsons, testified that the only people on or near the porch at the relevant time were the appellant, Sweeney and Heffern. Parsons also testified that while she saw the appellant hunched over the fallen Heffern, she could not see what he was doing with his arms because his back was to her. Parsons stated that she did not see anyone stab Heffern.

A number of witnesses stated that the appellant had blood on his right hand after the incident. The appellant testified that he was holding Heffern, who was in a sitting position, around the head with his left arm while punching him with his right hand when Semester unexpectedly stabbed him in the back. That evidence was challenged by the Crown during cross-examination on the ground that it would not explain how the appellant got blood on his right hand.

A half hour before the initial scuffle occurred outside Rafferty's, another stabbing occurred a short distance away in the parking lot of a Pizza Pizza restaurant. The victim, Cameron Day, along with Jim Kelly, the witness who testified on behalf of the appellant, were involved in a fight. Kelly's evidence was that he and Semester had drawn knives during the altercation, but that he did not see Semester, or anyone else, stab Day.

Day testified that he was involved in a fist fight with a white man when a black man, who he could not identify by photograph, intervened and struck him in the stomach; he later realized that he had been stabbed by the intervener. Day did not get a good look at the person who stabbed him and gave a description of the assailant that was not entirely consistent with Semester's appearance. Day also testified that he did not see anyone wield a knife during the incident.

William Cowan, a friend of Day's, testified that he saw a white man and a black man involved in an altercation with Day. However, he did not get a good look at the black man, nor could he make a

Un autre témoin, Kerri-Ann Parsons, a déclaré que l'appelant, Sweeney et Heffern était les seules personnes qui se trouvaient sur la galerie ou à proximité de celle-ci au moment pertinent. Parsons a également dit qu'elle avait aperçu l'appelant se pencher sur Heffern qui était par terre, mais qu'elle n'avait pu voir ce qu'il faisait avec ses bras parce qu'il lui tournait le dos. Elle a déclaré n'avoir vu personne poignarder Heffern.

Un certain nombre de témoins ont déclaré que l'appelant avait du sang sur la main droite après l'incident. Ce dernier a expliqué qu'il avait immobilisé Heffern, alors en position assise, en lui passant le bras gauche autour de la tête et qu'il était en train de le frapper de la main droite lorsque Semester l'a subitement poignardé dans le dos. Lors du contre-interrogatoire, le ministère public a attaqué ce témoignage en faisant valoir qu'il n'expliquait pas pourquoi l'appelant avait du sang sur la main droite.

Une demi-heure avant que la première bagarre n'éclate à l'extérieur du Rafferty's, une autre attaque à coups de couteau s'était produite près de là dans le terrain de stationnement d'un restaurant Pizza Pizza. La victime, Cameron Day, ainsi que Jim Kelly qui a témoigné en faveur de l'appelant, ont été mêlés à une bagarre. Selon la déposition de Kelly, Semester et lui ont brandi des couteaux pendant l'altercation; Kelly a toutefois affirmé qu'il n'avait pas vu Semester, ni qui que ce soit d'autre, poignarder Day.

Day a témoigné qu'il participait à une bagarre à coups de poing avec un Blanc lorsqu'un Noir, qu'il n'a pu identifier au moyen d'une photographie, est intervenu et l'a frappé à l'estomac; il a ensuite réalisé qu'il avait été poignardé par l'intervenant. Day n'a pas bien vu la personne qui l'a poignardé et il a donné de son assaillant une description qui ne correspondait pas en tous points à Semester. Il a également dit n'avoir vu personne brandir un couteau pendant l'incident.

William Cowan, un ami de Day, a témoigné avoir vu un Blanc et un Noir participer à l'altercation avec Day. Cependant, il n'a pas bien vu le Noir et n'a pu l'identifier à l'aide d'une photogra-

photographic identification. Cowan did not see anyone wield a knife during the altercation.

Semester testified that he and a number of other black men were present during the incident but denied ever carrying a knife or stabbing Day.

Finally, evidence was led to show that Semester had a criminal record for break and enter, theft, breach of probation, and armed robbery during which a gun and a knife were wielded. With respect to the last conviction, he gave evidence that he merely accompanied the individuals who committed the robbery and that he was unarmed at the time.

II. The Courts Below

The Trial Court

The trial judge instructed the jury that appellant's criminal record was relevant only to the issue of his credibility as a witness. She similarly confined the evidence of Semester's criminal record, which included a crime of violence, to the issue of credibility. The jurors were not told that they could also consider Semester's criminal record, together with the evidence connecting him with the stabbing of Day, as supporting the appellant's contention that Semester had a propensity for violence and had stabbed Heffern. If accepted, that evidence could have supported the appellant's version of the events and raised a reasonable doubt as to his guilt.

The trial judge also instructed the jury that the evidence of the appellant's flight was a factor to be considered in reaching their verdict. However, she clearly stated that that evidence was not conclusive as innocent people sometimes flee the scene of a crime.

Defence counsel at trial did not object to the fact that the trial judge's charge dealt with Semester's criminal record only in connection with the issue

phie. Il n'a vu personne brandir un couteau pendant l'altercation.

Semester a confirmé que lui et plusieurs autres Noirs étaient présents pendant l'incident, mais il a nié avoir eu un couteau ou avoir poignardé Day.

Enfin, il a été mis en preuve que Semester avait un casier judiciaire pour introduction par effraction, vol, violation des conditions d'une ordonnance de probation et vol à main armée au cours duquel une arme à feu et un couteau avaient été brandis. En ce qui concerne cette dernière déclaration de culpabilité, Semester a témoigné qu'il n'avait fait qu'accompagner les auteurs du vol qualifié et qu'il n'était pas armé à ce moment-là.

II. Les juridictions inférieures

Le tribunal de première instance

Le juge du procès a, dans ses directives au jury, dit que le casier judiciaire de l'appelant n'était pertinent qu'eu égard à la question de sa crédibilité à titre de témoin. Elle a de même limité à la question de la crédibilité la preuve du casier judiciaire de Semester, qui faisait notamment état d'un crime de violence. Elle n'a pas dit aux jurés qu'ils pouvaient également considérer le casier judiciaire de Semester, ainsi que la preuve le reliant à l'agression à coups de couteau contre Day, comme appuyant la prétention de l'appelant que Semester avait une propension à la violence et avait poignardé Heffern. S'ils avait été acceptés, ces éléments de preuve auraient pu appuyer la version des faits donnée par l'appelant et soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

Le juge du procès a également dit au jury que la preuve de la fuite de l'appelant était un facteur à prendre en considération en rendant son verdict. Cependant, elle a clairement affirmé que cette preuve n'était pas concluante puisqu'il arrive parfois que des personnes innocentes s'enfuient des lieux d'un crime.

Au procès, l'avocat de la défense ne s'est pas opposé à ce que, dans son exposé, le juge ne traite du casier judiciaire de Semester que relativement à

of credibility and did not comment at all upon the use that could be made of the evidence tying Semester to the earlier stabbing of Day. Similarly, counsel did not object to the jury charge with respect to the instruction given regarding the inference to be drawn from the appellant's flight from the scene.

The Court of Appeal for Ontario

A majority of the Court of Appeal for Ontario dismissed the appeal: (1993), 18 W.C.B. (2d) 270. Brooke and Labrosse JJ.A. considered but rejected the submission that the trial judge erred in not instructing the jury that the evidence of Semester's criminal record and his connection with the stabbing of Day within the half hour of the stabbing of Heffern could have probative value to show that he was likely to have stabbed Heffern. The majority noted that no objection had been taken to the charge at trial, and stated that it was implicit in the jury's verdict that they accepted the evidence of Semester denying involvement and rejected the evidence of the appellant. They concluded that the jury would not have reached a different verdict had they been charged as now requested by the appellant.

In dissent, Galligan J.A. stated that even in the absence of a request by the defence, the trial judge should have charged the jury that if they believed the evidence regarding Semester's involvement in the stabbing of Day, then they would be entitled to consider that evidence as tending to support the appellant's testimony that it was Semester who stabbed Heffern.

The inference if any to be drawn from the appellant's flight from the scene of the stabbing was not commented upon by the Court of Appeal.

III. Points in Issue

This appeal raises three issues:

la question de la crédibilité, et il n'a fait aucune remarque au sujet de l'usage qui pouvait être fait de la preuve reliant Semester à l'agression à coups de couteau commise précédemment contre Day. De même, il ne s'est pas opposé à l'exposé au jury pour ce qui était de la conclusion à tirer du fait que l'appelant s'était enfui des lieux.

La Cour d'appel de l'Ontario

La Cour d'appel de l'Ontario, à la majorité, a rejeté l'appel: (1993), 18 W.C.B. (2d) 270. Après examen, les juges Brooke et Labrosse ont rejeté l'argument voulant que le juge du procès ait commis une erreur en ne précisant pas, dans ses directives au jury, que la preuve du casier judiciaire de Semester et son lien avec l'agression à coups de couteau commise contre Day au cours de la demi-heure qui avait précédé celle dont Heffern avait été victime pouvaient avoir une valeur probante aux fins d'établir que Semester était susceptible d'avoir poignardé Heffern. Soulignant que l'exposé n'avait fait l'objet d'aucune objection au procès, les juges formant la majorité ont déclaré qu'il ressortait implicitement du verdict des jurés que ceux-ci avaient accepté le témoignage de Semester dans lequel il niait toute participation, et qu'ils avaient rejeté le témoignage de l'appelant. Ils ont conclu que le jury n'aurait pas rendu un verdict différent s'il avait reçu les directives que réclame maintenant l'appelant.

Le juge Galligan, dissident, a affirmé que, même en l'absence d'une requête de la défense, le juge du procès aurait dû dire aux jurés que s'ils ajoutaient foi aux témoignages concernant la participation de Semester à l'agression à coups de couteau contre Day, ils seraient alors en droit de considérer que ces témoignages tendent à étayer le témoignage de l'appelant selon lequel c'est Semester qui a poignardé Heffern.

La Cour d'appel n'a fait aucun commentaire au sujet de la conclusion à tirer, s'il y a lieu, du fait que l'appelant s'est enfui des lieux de l'agression.

III. Questions en litige

Ce pourvoi soulève trois questions:

(1) Was the majority of the Ontario Court of Appeal correct in holding that the trial judge had not erred in failing to instruct the jury that if they accepted evidence that indicated Semester had wielded a knife in the past, they could consider that evidence as supporting the appellant's contention that it was Semester, and not he, who stabbed Heffern?

(2) Did the Ontario Court of Appeal err in not holding that the trial judge had failed to properly instruct the jury with respect to the inference to be drawn from the fact that the appellant fled from the scene of the stabbing?

(3) If the trial judge was in error, can the error(s) be cured by s. 686(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46?

IV. Analysis

A. *The Issue of Semester's Past Conduct*

In her charge to the jury, the trial judge referred to the evidence of Semester's criminal record and instructed the jury that they could consider that evidence in assessing his credibility as a witness and in determining the weight to be given to his evidence. She did not, however, instruct them that Semester's conviction for robbery during which a knife and a gun were used, and the evidence, if accepted, of his involvement in the stabbing of Day earlier that evening, could support the appellant's contention that it was Semester who stabbed Heffern.

There are limits on the introduction and use of evidence during a criminal trial. Though relevant, evidence may be excluded on policy grounds. Illustrative of that is the well-known instruction on character evidence that "the Crown is not permitted to adduce evidence of the accused's bad character either by evidence of reputation or specific acts unless the accused has put character in issue or the evidence is otherwise relevant to an issue, as for instance as evidence of similar acts":

(1) La Cour d'appel de l'Ontario, à la majorité, a-t-elle eu raison de conclure que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en omettant de dire aux jurés, dans les directives qu'il leur a données, que s'ils acceptaient la preuve indiquant que Semester avait brandi un couteau dans le passé, ils pouvaient considérer que cette preuve étayait la prétention de l'appelant que c'est Semester, et non pas lui, qui a poignardé Heffern?

(2) La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en ne concluant pas que le juge du procès n'avait pas donné au jury des directives appropriées quant à la conclusion à tirer du fait que l'appelant s'est enfui des lieux de l'agression?

(3) Si le juge du procès a commis une seule ou plusieurs erreurs, peut-il y être remédié par le sous-al. 686(1)*b*)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46?

IV. Analyse

A. *La question de la conduite passée de Semester*

Le juge du procès a, dans son exposé aux jurés, mentionné la preuve du casier judiciaire de Semester et leur a dit qu'ils pouvaient tenir compte de cette preuve pour évaluer sa crédibilité en tant que témoin et pour déterminer le poids à accorder à son témoignage. Elle ne leur a pas dit, toutefois, que la déclaration de culpabilité de Semester pour un vol qualifié au cours duquel il y avait eu utilisation d'un couteau et d'une arme à feu, ainsi que la preuve, si elle était acceptée, de sa participation à l'agression à coups de couteau commise, plus tôt ce soir-là, contre Day pouvaient étayer la prétention de l'appelant que c'est Semester qui a poignardé Heffern.

La production et l'utilisation d'une preuve au cours d'un procès criminel sont soumises à certaines restrictions. Bien qu'elle soit pertinente, une preuve peut être exclue pour des motifs de principe comme en témoigne la directive bien connue concernant la preuve de moralité, savoir qu'[TRADUCTION] «il n'est pas permis au ministère public de présenter une preuve de la mauvaise moralité de l'accusé, au moyen d'une preuve de sa réputation ou d'actes précis, à moins que l'accusé n'ait lui-

J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at p. 454. While such evidence may be relevant, it is excluded on the grounds that its prejudicial effect is apt to outweigh its probative value; the danger exists that a jury may convict on the basis of the accused's reputation rather than on the basis of the evidence: *McCormick on Evidence* (4th ed. 1992), vol. 1, § 190, at p. 811.

même soulevé la question de sa moralité ou que cette preuve ne soit par ailleurs pertinente sur un point, comme par exemple la preuve d'actes similaires»: J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), à la p. 454. Bien qu'une telle preuve puisse être pertinente, elle est exclue parce que son effet préjudiciable est susceptible de l'emporter sur sa valeur probante; le jury risque de déclarer l'accusé coupable en fonction de sa réputation et non de la preuve: *McCormick on Evidence* (4e éd. 1992), vol. 1, par. 190, à la p. 811.

However, the danger of a wrongful conviction does not arise where the character evidence pertains not to the accused, but to a third party witness. Consequently, "[s]o long as it is relevant and not otherwise excluded by a rule of evidence, evidence of the bad character of a third party can be adduced by the defence": Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at p. 467; *R. v. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481 (Ont. C.A.); and *Wigmore on Evidence* (3rd ed. 1940), vol. 1, § 139, at p. 573. The Ontario Court of Appeal confirmed this in *R. v. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160, aff'd [1977] 2 S.C.R. 824. There, the accused was charged with murdering his child. His defence was that his wife had killed the child. The Court of Appeal held that the accused was permitted to adduce evidence that his wife suffered from a psychopathic personality disorder and had committed acts of violence in the past in order to establish that she had a disposition to commit the offence in question.

Le risque d'une déclaration de culpabilité erronée n'existe pas, cependant, dans le cas où la preuve de moralité se rapporte non pas à l'accusé, mais à un tiers témoin. Par conséquent, [TRADUCTION] «[d]ans la mesure où elle est pertinente et où elle n'est pas par ailleurs exclue par une règle de preuve, la preuve de la mauvaise moralité d'un tiers peut être présentée par la défense»: Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, à la p. 467; *R. c. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481 (C.A. Ont.); et *Wigmore on Evidence* (3e éd. 1940), vol. 1, par. 139, à la p. 573. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé ce principe dans l'arrêt *R. c. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160, conf. par [1977] 2 R.C.S. 824. Dans cette affaire, l'accusé était inculpé du meurtre de son enfant. Il a affirmé, en défense, que c'était sa femme qui avait tué l'enfant. La Cour d'appel a jugé que l'accusé pouvait, aux fins d'établir que sa femme était prédisposée à commettre l'infraction en cause, produire une preuve qu'elle souffrait d'un trouble psychopatique de la personnalité et qu'elle avait commis des actes de violence dans le passé.

However, evidence of a third party's bad character will not be admitted unless it is relevant. There would be no probative value in evidence that a third party had a propensity to commit the type of act in question if he was otherwise unconnected with the circumstances surrounding the charge, *R. v. McMillan*, *supra*, at p. 168, *per* Martin J.A:

Toutefois, la preuve de la mauvaise moralité d'un tiers ne sera admise que si elle est pertinente. La preuve de la propension d'un tiers à commettre le type d'acte en question n'aurait aucune valeur probante s'il était par ailleurs sans rapport avec les circonstances entourant l'accusation (*R. c. McMillan*, précité, à la p. 168 (le juge Martin)):

Obviously, unless the third person is connected with the crime under consideration by other circumstances, evidence of such person's disposition to commit the offence is inadmissible on the grounds of lack of proba-

[TRADUCTION] Évidemment, à moins que la tierce personne ne soit reliée au crime en cause par d'autres circonstances, la preuve de la prédisposition de cette personne à commettre l'infraction est inadmissible en

tive value. For example, if A is charged with murdering X, in the absence of some nexus with the alleged offence, evidence that B has a propensity or disposition for violence, by itself, is inadmissible to prove B is the murderer because standing alone it has no probative value with respect to the probability of B having committed the offence. If, however, it is proved that A, B and X all lived in the same house when X was killed, and that B had a motive to kill X, then evidence that B had a propensity for violence, may have probative value on the issue whether B, and not A, killed X, and is accordingly admissible.

See also *McMillan v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 824, at p. 828; and *R. v. Williams* (1985), 18 C.C.C. (3d) 356 (Ont. C.A.), at p. 366.

In *Scopelliti*, *supra*, the accused was charged with murder. He testified that he acted in self-defence, and sought to lead evidence of the deceased's character or disposition for violence to support his contention that the deceased was the aggressor. Martin J.A. stated at p. 496:

I agree, of course, that evidence of previous acts of violence by the deceased, not known to the accused, must be confined to evidence of previous acts of violence which may legitimately and reasonably assist the jury in arriving at a just verdict with respect to the accused's claim of self-defence. To exclude, however, evidence offered by the accused which is relevant to prove his innocence would not, in my view, be in the interests of justice.

Since evidence of prior acts of violence by the deceased is likely to arouse feelings of hostility against the deceased, there must inevitably be some element of discretion in the determination whether the proffered evidence has sufficient probative value for the purpose for which it is tendered to justify its admission. Moreover, great care must be taken to ensure that such evidence, if admitted, is not misused.

See also *R. v. Yaeck* (1991), 68 C.C.C. (3d) 545 (Ont. C.A.), at p. 563, leave to appeal to S.C.C. refused, [1992] 1 S.C.R. xii; and *R. v. McMillan*, *supra*, at p. 167.

The proposition is unquestioned that evidence which is logically probative may be excluded

raison de l'absence de valeur probante. Par exemple, si A est accusé d'avoir tué X, la preuve que B a une propension ou une prédisposition à la violence est, en l'absence d'un lien quelconque avec l'infraction alléguée, inadmissible pour établir que B est le meurtrier parce qu'elle n'a en soi aucune valeur probante quant à la probabilité que B ait commis l'infraction. Si, toutefois, il est établi que A, B et X vivaient tous sous le même toit lorsque X a été tué, et que B avait un motif de tuer X, alors la preuve que B avait une propension à la violence pourrait avoir une valeur probante quant à la question de savoir si c'est B, et non A, qui a tué X, et cette preuve serait donc admissible.

Voir également *McMillan c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 824, à la p. 828, et *R. c. Williams* (1985), 18 C.C.C. (3d) 356 (C.A. Ont.), à la p. 366.

Dans l'affaire *Scopelliti*, précitée, l'accusé était inculpé de meurtre. Il a témoigné avoir agi en état de légitime défense et a cherché à présenter une preuve de la moralité de la victime ou de sa prédisposition à la violence afin d'étayer sa prétention que c'est elle qui était l'agresseur. Le juge Martin de la Cour d'appel déclare, à la p. 496:

[TRADUCTION] Je conviens, bien sûr, que la preuve d'actes de violence commis antérieurement par la victime, à l'insu de l'accusé, doit être limitée à la preuve des actes de violence antérieurs qui peuvent légitimement et raisonnablement aider le jury à rendre un verdict juste eu égard à l'état de légitime défense invoqué par l'accusé. Toutefois, exclure une preuve produite par l'accusé qui est pertinente pour prouver son innocence ne serait pas, à mon avis, dans l'intérêt de la justice.

Étant donné que la preuve d'actes de violence commis antérieurement par la victime est susceptible d'éveiller un sentiment d'hostilité à son égard, la question de savoir si, compte tenu de la fin à laquelle elle est offerte, cette preuve est suffisamment probante pour en justifier l'admission nécessite forcément l'exercice d'un certain pouvoir discrétionnaire. De plus, il faut bien prendre soin de s'assurer que cette preuve ne soit pas mal utilisée si elle est admise.

Voir également *R. c. Yaeck* (1991), 68 C.C.C. (3d) 545 (C.A. Ont.), à la p. 563, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1992] 1 R.C.S. xii; et *R. c. McMillan*, précité, à la p. 167.

On ne conteste pas qu'il est possible d'exclure une preuve logiquement probante lorsque sa valeur

where its probative value is slight but its prejudicial effect upon the fair trial of the accused is great. However, courts are reluctant to exclude evidence offered by an accused in his defence: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, *per* McLachlin J., at p. 611:

> Canadian courts, like courts in most common law jurisdictions, have been extremely cautious in restricting the power of the accused to call evidence in his or her defence, a reluctance founded in the fundamental tenet of our judicial system that an innocent person must not be convicted.

Evidence of a third party's character or violent disposition is admissible even if it refers to only one event; see, e.g., *Yaeck*, *supra*, at p. 564; and *R. v. Kendall* (1987), 35 C.C.C. (3d) 105 (Ont. C.A.), at p. 125.

In the present appeal, the appellant adduced evidence which could have been relied upon by the jury in support of his contention that it was Semester who stabbed Heffern. As noted above, there was evidence of Semester's criminal record, as well as evidence connecting him with the stabbing of Day.

There is little doubt that the evidence was sufficiently probative to warrant its admission and use for the appellant's purpose of establishing that Semester had wielded a knife in the past and therefore was likely to have stabbed Heffern. If believed by the jury, that evidence was capable of supporting the appellant's defence that it was Semester who stabbed Heffern, particularly in light of the fact that the Heffern stabbing and the Day stabbing occurred within a very short period of time.

After stating that the accused had a criminal record, the trial judge charged the jury in the following terms:

> And I must warn you that you must not use the prior convictions as evidence that the accused committed a crime with which he is now charged. You must not conclude that because the accused has been convicted of other crimes he is disposed to commit further crimes.

probante est faible et que son effet préjudiciable sur l'équité du procès est important. Toutefois, les tribunaux hésitent à exclure une preuve que produit un accusé pour se défendre: *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 611 (le juge McLachlin):

> Les tribunaux canadiens, comme ceux de la plupart des ressorts de common law, ont beaucoup hésité à restreindre le pouvoir de l'accusé de présenter une preuve à l'appui de sa défense, cette hésitation tenant du principe fondamental de notre système judiciaire selon lequel une personne innocente ne doit pas être déclarée coupable.

La preuve de la moralité d'un tiers ou de sa prédisposition à la violence est admissible même si elle ne se rapporte qu'à un seul événement; voir, par exemple, les arrêts *Yaeck*, précité, à la p. 564, et *R. c. Kendall* (1987), 35 C.C.C. (3d) 105 (C.A. Ont.), à la p. 125.

Dans le présent pourvoi, l'appelant a présenté une preuve, sur laquelle le jury aurait pu se fonder, à l'appui de sa prétention que c'est Semester qui a poignardé Heffern. Comme je l'ai déjà souligné, il y avait une preuve du casier judiciaire de Semester ainsi qu'une preuve le reliant à l'agression à coups de couteau contre Day.

Il y a peu de doute que la preuve était suffisamment probante pour en justifier l'admission et l'utilisation par l'appelant dans le but d'établir que Semester avait brandi un couteau dans le passé et qu'il était donc susceptible d'avoir poignardé Heffern. Si le jury y ajoutait foi, cette preuve était susceptible d'étayer le moyen de défense de l'appelant selon lequel c'était Semester qui avait poignardé Heffern, compte tenu notamment du fait que les agressions à coups de couteau contre Heffern et Day étaient très rapprochées dans le temps.

Après avoir dit que l'accusé avait un casier judiciaire, le juge du procès s'est adressé aux jurés dans les termes suivants:

> [TRADUCTION] Et je dois vous avertir que vous ne devez pas vous servir des déclarations de culpabilité antérieures comme preuve que l'accusé a commis un crime qui lui est maintenant reproché. Vous ne devez pas conclure que, parce que l'accusé a été déclaré coupable

You can only consider it as I have said, in deciding the credibility of the accused and you will decide what weight, if any, should be given to the prior criminal record of the accused on that matter.

That charge was appropriate. It is generally not open to the Crown to adduce evidence of the accused's character in order to suggest that he is likely to have committed the offence with which he is charged.

However, the same rule does not apply to evidence of the character of a third party, such as Semester. Unfortunately, the trial judge may have confused the jury on this point when she stated:

... as I told you, the fact that a witness has a criminal record is one of the circumstances that you can consider in deciding on his credibility and how much weight you wish to give to this evidence but it does not mean that he is not a trustworthy witness if in your opinion he is credible.

By referring to the instructions she earlier gave in respect of the accused, the trial judge may have misled the jury into supposing that evidence of Semester's character could not be used as proof of his disposition. A proper charge in this case would not cause this confusion. If, and to the extent that, they accepted the evidence of Semester's character, the jury was entitled to consider such evidence in support of the defence theory that there was a reasonable doubt Semester rather than the appellant stabbed Heffern. On the facts of this case, the jury might not have known that the evidence could be relied upon for that purpose.

It is expected that counsel will assist the trial judge in ensuring the charge to the jury is complete. It is regrettable that the appellant's trial counsel did not raise this issue before the trial judge. However, the defence theory arose naturally and clearly out of the evidence and the accused was entitled to have the jury charged with respect to it, *R. v. Squire*, [1977] 2 S.C.R. 13, at p. 19, *per* Spence J.:

d'autres crimes, il est prédisposé à en commettre de nouveaux. Vous ne pouvez en tenir compte, comme je l'ai dit, que pour juger de la crédibilité de l'accusé et vous déciderez quel poids, s'il y a lieu, devrait être accordé au casier judiciaire de l'accusé sous ce rapport.

Cette directive était appropriée. Il n'est généralement pas loisible au ministère public de présenter une preuve de la moralité de l'accusé dans le but de laisser entendre qu'il est susceptible d'avoir commis l'infraction qui lui est reprochée.

Cependant, la même règle ne s'applique pas à la preuve de la moralité d'un tiers comme Semester. Malheureusement, il se peut que le juge du procès ait semé la confusion dans l'esprit du jury sur ce point lorsqu'elle a affirmé:

[TRADUCTION] ... comme je vous l'ai dit, le fait que le témoin ait un casier judiciaire est l'un des facteurs dont vous pouvez tenir compte pour juger de sa crédibilité et pour décider du poids que vous voulez accorder à cette preuve. Mais cela ne signifie pas qu'il n'est pas un témoin digne de foi si, à votre avis, il est crédible.

Il se peut qu'en mentionnant les directives qu'elle avait données précédemment au sujet de l'accusé le juge du procès ait amené à tort le jury à supposer que la preuve de la moralité de Semester ne pouvait servir de preuve de sa prédisposition. Des directives appropriées en l'espèce ne causeraient pas toute cette confusion. S'il acceptait la preuve de la moralité de Semester, le jury était en droit de prendre en considération cette preuve à l'appui de la thèse de la défense selon laquelle il y avait un doute raisonnable que c'était Semester, plutôt que l'appelant, qui avait poignardé Heffern. D'après les faits de la présente affaire, il se pourrait que le jury n'ait pas su qu'il pouvait, à cette fin, se fonder sur cette preuve.

On s'attend à ce que les avocats aident le juge du procès à s'assurer que l'exposé au jury soit complet. Il est regrettable que l'avocat de l'appelant n'ait pas soulevé cette question devant le juge du procès. Toutefois, la thèse de la défense découlait naturellement et nettement de la preuve et l'accusé avait droit à ce que le jury reçoive des directives à cet égard (*R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13, à la p. 19 (le juge Spence)):

It is, of course, the duty of a trial judge to submit to the jury in his charge any defence available to the accused which had been revealed by the evidence whether or not counsel for the accused chose to advance that defence in his address to the jury. . . .

See also *MacAskill v. The King*, [1931] S.C.R. 330, at p. 335.

Trial counsel's failure to object to a jury charge is not determinative of the applicability of the *Criminal Code*'s "curative provision", s. 686(1)(*b*)(iii); see *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293, at pp. 1319-20.

B. *The Issue of Flight*

It is well established that an inference of guilt may be drawn from circumstantial evidence such as flight from the scene of a crime or the fabrication of lies relating to the offence in question. However, in charging a jury, a trial judge must take care to ensure that evidence of flight is not misused. The danger exists that a jury may erroneously leap from such evidence to a conclusion of guilt if not properly instructed, see *McCormick on Evidence*, *supra*, vol. 2, § 263, at p. 182:

. . . in many situations, the inference of consciousness of guilt of the particular crime is so uncertain and ambiguous and the evidence so prejudicial that one is forced to wonder whether the evidence is not directed to punishing the "wicked" generally rather than resolving the issue of guilt of the offense charged.

In *Gudmondson v. The King* (1933), 60 C.C.C. 332 (S.C.C.), the appellant was accused of manslaughter. This Court held, at pp. 332-33, that the trial judge did not properly charge the jury with respect to the fact that the appellant did not stop to give aid to the individuals who had been injured:

Then, the learned Judge's comments upon the conduct of the accused, in proceeding on his way, without pausing to inquire about the unfortunate victims, were calculated to convey an erroneous notion as to the significance of that conduct for the purpose in hand, as well as in respect of its evidentiary cogency.

C'est, évidemment, le devoir du juge de première instance de soumettre au jury, dans ses instructions, tout moyen dont l'accusé peut se prévaloir et qui ressort de la preuve, que l'avocat de l'accusé ait décidé ou non de recourir à ce moyen dans son exposé au jury . . .

Voir également *MacAskill c. The King*, [1931] R.C.S. 330, à la p. 335.

L'omission de l'avocat de l'accusé de s'opposer, au procès, à un exposé au jury n'est pas déterminante quant à l'applicabilité de la «disposition réparatrice» du *Code criminel* qu'est le sous-al. 686(1)*b*)(iii): voir *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293, aux pp. 1319 et 1320.

B. *La question de la fuite*

Il est bien établi que la culpabilité peut s'inférer d'un élément de preuve circonstancielle comme la fuite des lieux du crime ou le fait d'avoir menti relativement à l'infraction en cause. Dans son exposé au jury, le juge du procès doit toutefois prendre soin de s'assurer que la preuve de la fuite ne soit pas mal utilisée. Le jury qui n'a pas reçu de directives appropriées risque de se servir à tort de cette preuve pour conclure immédiatement à la culpabilité; voir *McCormick on Evidence*, *op. cit.*, vol. 2, § 263, à la p. 182:

[TRADUCTION] . . . dans bien des cas, l'inférence d'une conscience de culpabilité du crime en question est si incertaine et ambiguë, et la preuve si préjudiciable, que force est de se demander si la preuve ne vise pas à punir les «méchants» en général plutôt qu'à résoudre la question de la culpabilité de l'infraction reprochée.

Dans l'arrêt *Gudmondson c. The King* (1933), 60 C.C.C. 332 (C.S.C.), l'appelant était accusé d'homicide involontaire coupable. Notre Cour a conclu, aux pp. 332 et 333, que le juge du procès n'avait pas donné au jury des directives appropriées concernant le fait que l'appelant ne s'était pas arrêté pour prêter secours aux blessés:

[TRADUCTION] Alors, les remarques du juge, concernant le comportement que l'accusé a adopté en poursuivant son chemin sans s'arrêter pour s'informer du sort des malheureuses victimes, visaient à donner une idée erronée de l'importance de ce comportement pour les fins en cause et de sa force probante.

Having said what he did upon this matter, he ought at least to have added a warning to the jury that such conduct, however reprehensible, could have no more than an indirect bearing upon the issue before them . . . . [H]e should have told them that they ought to be very cautious in imputing to the accused a consciousness of guilt, because of actions which, on reflection, they might think capable of explanation as due to panic.

We are forced to the conclusion that, on the whole, the charge was likely to create impressions which might preclude or gravely militate against a judicial examination by the jury of the grounds of defence.

In this case, the jury was clearly told that people sometimes flee in panic from the scene of a crime, even if they are entirely innocent. However, in some circumstances, the direction provided in *Gudmondson* will be inadequate, and the jury ought to be given further instruction. That is true in the present case. The appellant admitted to committing one offence, common assault, but denied having committed another, aggravated assault. The issue is whether the evidence of flight could support an inference of guilt with respect to the latter rather than the former.

A similar situation arose in *United States v. Myers*, 550 F.2d 1036 (5th Cir. 1977). The accused was wanted for two robberies; one was committed in Pennsylvania and the other in Florida. The reported decision concerns the latter. There was evidence that the accused fled when approached by FBI agents. Clark J. canvassed the law, adopted the view expressed in *McCormick on Evidence* (2nd ed. 1972), § 271, at p. 655, and concluded that the proper approach determines whether there is sufficient evidence in support of drawing four inferences:

(1) from the accused's behavior to flight,

(2) from flight to consciousness of guilt,

(3) from consciousness of guilt to consciousness of guilt concerning the offence in question,

S'étant exprimé comme il l'a fait à ce sujet, le juge aurait dû à tout le moins avertir les jurés que ce comportement, si répréhensible soit-il, pouvait n'avoir qu'une incidence indirecte sur la question qui leur était soumise. [. . .] [I]l aurait dû leur dire qu'ils devaient réfléchir très longuement avant d'imputer à l'accusé une conscience de culpabilité pour des actes qui, après réflexion, pourraient leur paraître explicables par la panique.

Force nous est donc de conclure que, dans l'ensemble, l'exposé au jury était susceptible de créer des impressions qui pourraient empêcher un examen judiciaire des moyens de défense par le jury, ou militer gravement contre un tel examen.

Dans la présente affaire, on a dit clairement au jury qu'il arrive parfois à certaines personnes de s'enfuir des lieux d'un crime sous l'effet de la panique, même si elles sont totalement innocentes. Dans certaines circonstances cependant, la directive donnée dans l'arrêt *Gudmondson* sera insuffisante et le jury devrait en recevoir d'autres. C'est le cas en l'espèce. L'appelant a avoué avoir commis une infraction, celle de voies de fait simples, mais il a nié en avoir commis une autre, celle de voies de fait graves. Il s'agit donc de déterminer si la preuve de la fuite pourrait justifier une conclusion de culpabilité à l'égard de cette dernière infraction, plutôt qu'à l'égard de la première.

Une situation semblable s'est présentée dans l'affaire *United States c. Myers*, 550 F.2d 1036 (5e Cir. 1977). L'accusé était recherché pour deux vols qualifiés, l'un commis en Pennsylvanie et l'autre en Floride. La décision publiée concerne le dernier vol. Il y avait une preuve que l'accusé avait pris la fuite lorsque des agents du FBI s'étaient approchés de lui. Après avoir examiné le droit applicable et fait sien le point de vue exprimé dans *McCormick on Evidence* (2e éd. 1972), par. 271, à la p. 655, le juge Clark a conclu qu'il convenait d'examiner s'il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour tirer quatre conclusions:

(1) du comportement de l'accusé à la fuite,

(2) de la fuite à la conscience de culpabilité,

(3) de la conscience de culpabilité à la conscience de culpabilité de l'infraction reprochée,

(4) from consciousness of guilt of the offence in question to actual guilt of the offence in question.

Clark J. held that the third inference could not be drawn. Since the accused knew that he was wanted for a robbery committed in Pennsylvania, the possibility existed that he fled solely out of consciousness of guilt with respect to it, rather than the Florida robbery. To be useful, flight must give rise to an inference of consciousness of guilt in regard to a specific offence.

The test articulated in *Myers* provides helpful guidance on the inferences that may be drawn from evidence of an accused's flight (or other possible indicia of consciousness of guilt, such as lying). Such evidence can serve the function of indicating consciousness of guilt only if it relates to a particular offence. Consequently, where an accused's conduct may be equally explained by reference to consciousness of guilt of two or more offences, and where an accused has admitted culpability in respect of one or more of these offences, a trial judge should instruct a jury that such evidence has no probative value with respect to any particular offence.

Those principles can be applied to the facts of this appeal. The trial judge simply told the jury that people often flee the scene of a crime even if they are entirely innocent. Having said what she did upon this matter, she also should have told the jury that because the appellant's flight was equally consistent with both common assault and aggravated assault, it could not be evidence of guilt of the latter. Any inference to be drawn from flight disappears when an explanation for such flight is available, as it is here.

The jury should have been warned against drawing any inference from the fact of flight. The trial judge's direction that even innocent people sometimes flee the scene of a crime was insufficient in

(4) de la conscience de culpabilité de l'infraction reprochée à la culpabilité réelle de cette infraction.

Le juge Clark a conclu qu'il n'était pas possible de tirer la troisième conclusion. Comme l'accusé savait qu'il était recherché pour un vol qualifié commis en Pennsylvanie, il était possible qu'il se soit enfui uniquement parce qu'il se savait coupable de cette infraction, et non du vol commis en Floride. Pour constituer un élément utile, la fuite doit donner lieu à une conclusion de conscience de culpabilité d'une infraction précise.

Le critère énoncé dans l'arrêt *Myers* apporte un éclairage utile quant aux conclusions qu'il est possible de tirer de la preuve de la fuite d'un accusé (ou d'autres indices possibles d'une conscience de culpabilité, tel le mensonge). Cette preuve ne peut servir à indiquer l'existence d'une conscience de culpabilité que si elle se rapporte à une infraction précise. Par conséquent, lorsque le comportement de l'accusé peut s'expliquer tout autant par une conscience de culpabilité de deux infractions ou plus, et que l'accusé a reconnu sa culpabilité à l'égard d'une seule ou de plusieurs parmi ces infractions, le juge du procès devrait donner comme directive au jury que cette preuve n'a aucune valeur probante relativement à une infraction précise.

Ces principes peuvent s'appliquer aux faits du présent pourvoi. Le juge du procès a simplement dit au jury qu'il arrive souvent que des gens parfaitement innocents s'enfuient des lieux d'un crime. S'étant exprimée comme elle l'a fait à ce sujet, le juge aurait également dû dire au jury qu'étant donné que la fuite de l'appelant était tout aussi compatible avec les voies de fait simples qu'avec les voies de fait graves, elle ne pouvait constituer une preuve de culpabilité de cette dernière infraction. Toute conclusion à tirer de la fuite disparaît lorsqu'il est possible, comme en l'espèce, d'en fournir une explication.

Le jury aurait dû être averti de ne tirer aucune conclusion de la fuite. La directive du juge du procès selon laquelle même des personnes innocentes peuvent parfois s'enfuir des lieux d'un crime était

light of the fact that the appellant admitted that he had committed common assault by punching Heffern, and thus had reason to flee. The issue was not whether the appellant fled because he was guilty or because he panicked despite being innocent. Rather, the issue was whether the appellant's flight indicated a consciousness of guilt arising from the fact that he had stabbed Heffern or rather from the fact that he had punched Heffern. And on that question, the evidence could have no probative value.

C. *The Applicability of Section 686(1)(b)(iii) of the Criminal Code*

The principles and tests to be applied under s. 686(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code*, the "curative provision", are a matter of settled jurisprudence. That section places a burden on the Crown to justify the denial of a new trial despite the presence of an error in the lower court. While the satisfaction of that onus is a condition precedent to the application of the curative provision, the curative provision need not be applied even if the onus is met. In *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, at p. 744, the applicable test was stated to be whether "the verdict would necessarily have been the same if such error had not occurred". See also *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, at pp. 328-29; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, at p. 919; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595, at p. 620; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697, at pp. 736-37; and *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, at p. 617.

Having regard to the cumulative effect of the errors, I am of the view that the curative provision is inapplicable in the present case. There is a possibility that, but for the trial judge's errors, the jury's verdict would have been different.

The jury was not properly charged with respect to the use that could be made of the evidence adduced by the appellant concerning the fact that Semester had a propensity for violence as evidenced by his previous conviction for armed rob-

insuffisante compte tenu du fait que l'appelant a avoué avoir commis des voies de fait simples en frappant Heffern à coups de poing et qu'il avait donc des raisons de s'enfuir. La question n'était pas de savoir si l'appelant s'est enfui parce qu'il était coupable ou parce qu'il a été pris de panique même s'il était innocent. Il s'agissait plutôt de savoir si la fuite de l'appelant indiquait une conscience de culpabilité découlant du fait qu'il avait poignardé Heffern ou du fait qu'il l'avait frappé à coups de poing. Or, la preuve ne pouvait avoir de valeur probante à ce sujet.

C. *L'applicabilité du sous-al. 686(1)b)(iii) du Code criminel*

Les principes et les critères qui doivent être appliqués sous le régime de la «disposition réparatrice» qu'est le sous-al. 686(1)*b*)(iii) du *Code criminel* sont bien établis en jurisprudence. Cette disposition impose au ministère public l'obligation de justifier le refus de tenir un nouveau procès malgré l'existence d'une erreur commise par l'instance inférieure. Même si cette justification est une condition préalable à l'application de la disposition réparatrice, elle ne la rend pas obligatoire. Dans l'arrêt *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739, à la p. 744, on a dit que le critère applicable consistait à se demander si [TRADUCTION] «le verdict aurait nécessairement été le même si cette erreur ne s'était pas produite». Voir également *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, aux pp. 328 et 329; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, à la p. 919; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595, à la p. 620; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697, aux pp. 736 et 737; et *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, à la p. 617.

Vu l'effet cumulatif des erreurs, je suis d'avis que la disposition réparatrice est inapplicable en l'espèce. Il existe une possibilité que le verdict du jury eut été différent en l'absence des erreurs du juge du procès.

Le jury n'a pas reçu de directives appropriées quant à l'usage qui pouvait être fait de la preuve présentée par l'appelant au sujet de la propension de Semester à la violence, qui ressortait de sa déclaration antérieure de culpabilité de vol à main

bery and the evidence that connected him to the stabbing of Day which occurred within the half hour before the stabbing of Heffern. It was not enough for the trial judge to instruct the jury that they could consider Semester's criminal record in assessing his credibility as a witness. She should have also instructed the jury that they could consider such evidence in connection with the appellant's contention that it was Semester who stabbed Heffern. If properly instructed, it is possible that the jury would have had a reasonable doubt as to the appellant's guilt.

The trial judge also failed to properly instruct the jury regarding the use that could be made of the evidence of the appellant's flight from the scene. It was not sufficient to tell the jury that entirely innocent men sometimes flee the scene of a crime. By his own admission, the appellant was not entirely innocent; he admitted that he had punched Heffern. The trial judge should have instructed the jury that the appellant's flight was equally consistent with common assault and with aggravated assault, and therefore was incapable of supporting an inference of consciousness of guilt with respect to the latter. Because she did not charge the jury in those terms, there is a danger that the jury may have wrongly inferred from the evidence that the appellant fled because of his guilt in stabbing Heffern. Since the jury might have reached a different verdict if properly charged, the curative provision cannot apply.

V. Conclusion

I would allow the appeal and order a new trial.

Appeal allowed and new trial ordered.

Solicitors for the appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.

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

armée, ainsi que de la preuve qui le reliait à l'agression à coups de couteau commise contre Day une demi-heure avant celle dont Heffern avait été victime. Il ne suffisait pas que le juge du procès dise aux jurés qu'ils pouvaient examiner le casier judiciaire de Semester pour évaluer sa crédibilité à titre de témoin. Elle aurait dû également leur dire qu'ils pouvaient tenir compte de cette preuve relativement à la prétention de l'appelant que c'était Semester qui avait poignardé Heffern. S'il avait reçu des directives appropriées, le jury aurait pu avoir un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'appelant.

Le juge du procès n'a pas non plus donné au jury des directives appropriées quant à l'usage qui pouvait être fait de la preuve du fait que l'appelant s'était enfui des lieux. Il ne suffisait pas de dire aux jurés qu'il arrive parfois à des personnes parfaitement innocentes de s'enfuir des lieux d'un crime. De son propre aveu, l'appelant n'était pas totalement innocent; il a admis avoir frappé Heffern à coups de poing. Le juge du procès aurait dû dire au jury que la fuite de l'appelant était tout aussi compatible avec les voies de fait simples qu'avec les voies de fait graves, et qu'elle ne pouvait donc pas justifier une conclusion de conscience de culpabilité à l'égard de cette dernière infraction. Étant donné que le juge n'a pas donné au jury des directives en ce sens, il y a un risque que le jury ait erronément conclu de la preuve que l'appelant a pris la fuite parce qu'il était coupable d'avoir poignardé Heffern. Puisque le jury aurait pu arriver à un verdict différent s'il avait reçu des directives appropriées, la disposition réparatrice ne peut s'appliquer.

V. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Procureurs de l'appelant: Ruby & Edwardh, Toronto.

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

Gregory William Pittman *Appellant*

v.

Her Majesty the Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* PITTMAN

File No.: 23436.

1994: January 28.

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

ON APPEAL FROM THE NOVA SCOTIA SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

Criminal law — Trial — Charge to jury — Trial judge failing to give Vetrovec warning to jury — No question of law raised — Supreme Court of Canada having no jurisdiction to entertain appeal as of right — No miscarriage of justice.

Cases Cited

Referred to: *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (1993), 117 N.S.R. (2d) 271, 78 C.C.C. (3d) 385, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of second degree murder. Appeal dismissed.

Allan F. Nicholson and *Patricia Fricker*, for the appellant.

Dana Giovannetti, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

SOPINKA J. — This is an appeal as of right. The basis of the dissent of Jones J.A. in the Court of Appeal is whether a warning pursuant to *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811, was appropriate in the circumstances of this case. This does not raise a question of law although failure to give a warning in some circumstances may constitute a

Gregory William Pittman *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* PITTMAN

N° du greffe: 23436.

1994: 28 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE, SECTION D'APPEL

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Omission du juge du procès de faire une mise en garde de type Vetrovec au jury — Aucune question de droit soulevée — Non-compétence de la Cour suprême du Canada pour entendre le pourvoi de plein droit — Aucune erreur judiciaire.

Jurisprudence

Arrêt mentionné: *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811.

POURVOI contre un arrêt de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Section d'appel (1993), 117 N.S.R. (2d) 271, 78 C.C.C. (3d) 385, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relative à une accusation de meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté.

Allan F. Nicholson et *Patricia Fricker*, pour l'appelant.

Dana Giovannetti, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi est formé de plein droit. La dissidence du juge Jones de la Cour d'appel repose sur la question de savoir si, dans les circonstances de la présente affaire, il était approprié de faire une mise en garde conformément à l'arrêt *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811. Cela ne soulève pas une question de

miscarriage of justice. The appellant, therefore, does not have an appeal as of right to this Court.

Having heard the appellant on the merits, however, we are of the view that, even if the Court had jurisdiction to entertain the appeal, we would dismiss it. In the circumstances of this case, failure to give a *Vetrovec* warning to the jury did not result in a miscarriage of justice.

The appeal is, therefore, dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Allan F. Nicholson, Sydney.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

droit même si l'omission de faire une mise en garde dans certaines circonstances peut constituer une erreur judiciaire. L'appelant ne peut donc se pourvoir de plein droit devant notre Cour.

Après avoir entendu l'appelant sur le fond, nous sommes toutefois d'avis que, même si notre Cour avait compétence pour entendre le pourvoi, nous le rejetterions. Dans les circonstances de la présente affaire, l'omission de faire au jury une mise en garde de type *Vetrovec* ne s'est pas soldée par une erreur judiciaire.

Le pourvoi est donc rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: Allan F. Nicholson, Sydney.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

International Longshoremen's and Warehousemen's Union — Canada Area Locals 500, 502, 503, 504, 505, 506, 508, 515 and 519; every person ordinarily employed in longshoring or related operations at a port on the west coast of Canada and who is subject to the provisions of the *Maintenance of Ports Operations Act, 1986* *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec *Intervener*

INDEXED AS: INTERNATIONAL LONGSHOREMEN'S AND WAREHOUSEMEN'S UNION — CANADA AREA LOCAL 500 *v.* CANADA

File No.: 23306.

1994: January 31.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Right to strike — Back-to-work legislation not violating s. 2(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Maintenance of Ports Operations Act, 1986, S.C. 1986, c. 46.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security of the person — Right to strike — Back-to-work legislation not violating s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Maintenance of Ports Operations Act, 1986, S.C. 1986, c. 46.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(*d*), 7.

Syndicat international des débardeurs et magasiniers — Canada, sections locales 500, 502, 503, 504, 505, 506, 508, 515 et 519; toutes les personnes qui travaillent habituellement dans le domaine du débardage et qui poursuivent des activités connexes à un port de la côte ouest du Canada et qui sont assujetties aux dispositions de la *Loi de 1986 sur les opérations portuaires* *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Québec *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: SYNDICAT INTERNATIONAL DES DÉBARDEURS ET MAGASINIERS — CANADA, SECTION LOCALE 500 *c.* CANADA

N° du greffe: 23306.

1994: 31 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Droit de grève — Non-violation de l'art. 2d) de la Charte canadienne des droits et libertés par la loi imposant le retour au travail — Loi de 1986 sur les opérations portuaires, S.C. 1986, ch. 46.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité de la personne — Droit de grève — Non-violation de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés par la loi imposant le retour au travail — Loi de 1986 sur les opérations portuaires, S.C. 1986, ch. 46.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2*d*), 7.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1992] 3 F.C. 758, 96 D.L.R. (4th) 513, 148 N.R. 106, 14 C.R.R. (2d) 362, 92 CLLC ¶14,054, dismissing the appeal and allowing the cross-appeal from a judgment of Rouleau J., [1990] 2 F.C. 449, 69 D.L.R. (4th) 85, 33 F.T.R. 161, 2 C.R.R. (2d) 347, 90 CLLC ¶14, 014. Appeal dismissed.

P. Nicholas Glass and *Mari A. Worfolk*, for the appellants.

Eric A. Bowie, *Q.C.*, and *Meg Kinnear*, for the respondent.

No one appeared for the intervener.

The judgment of the Court was delivered orally by

LA FOREST J. — We are all of the view that the thrust of the reasoning applicable to s. 2(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* adopted in earlier decisions of this Court to determine the scope of freedom of association as it related to the right of union members to strike applies as well to the determination of the right to liberty under s. 7 for the same purpose. This approach completely defeats the general argument of the appellants for holding the Act as a whole invalid under s. 7.

So far as the specific argument that the penalty attached to the refusal to return to work is concerned, that prohibition is intended to enforce the regulatory scheme, and must be read in that context. It is not an absolute offence, but a strict liability offence. The appeal is, therefore, dismissed with costs throughout.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants: P. Nicholas Glass, Vancouver; Swinton & Company, Vancouver.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1992] 3 C.F. 758, 96 D.L.R. (4th) 513, 148 N.R. 106, 14 C.R.R. (2d) 362, 92 CLLC ¶14,054, qui a rejeté l'appel principal et accueilli l'appel incident interjetés contre un jugement du juge Rouleau, [1990] 2 C.F. 449, 69 D.L.R. (4th) 85, 33 F.T.R. 161, 2 C.R.R. (2d) 347, 90 CLLC ¶14, 014. Pourvoi rejeté.

P. Nicholas Glass et *Mari A. Worfolk*, pour les appelants.

Eric A. Bowie, *c.r.*, et *Meg Kinnear*, pour l'intimée.

Personne n'a comparu pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE LA FOREST — Nous sommes tous d'avis que l'effet du raisonnement applicable à l'al. 2*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui a été adopté dans des arrêts antérieurs de notre Cour, pour établir les limites de la liberté d'association, dans la mesure où elle est reliée au droit des syndiqués de faire la grève, est le même quand il s'agit d'établir les limites du droit à la liberté en vertu de l'art. 7 à la même fin. Ce point de vue va complètement à l'encontre de l'argument général que les appelants avancent pour conclure que la Loi est, dans l'ensemble, invalide en vertu de l'art. 7.

Quant à l'argument précis selon lequel la peine était liée au refus de retourner au travail, cette interdiction a pour objet de mettre à exécution le régime de réglementation et doit être interprétée dans ce contexte. Il s'agit non pas d'une infraction de responsabilité absolue, mais d'une infraction de responsabilité stricte. Le pourvoi est donc rejeté avec dépens dans toutes les cours.

Jugement en conséquence.

Procureurs des appelants: P. Nicholas Glass, Vancouver; Swinton & Company, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Canada, Ottawa.

Alexander Lee Dickson *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* DICKSON

File No.: 23580.

1994: February 2.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka, McLachlin and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR THE YUKON TERRITORY

Criminal law — Sexual assault — Consent — Admissibility of evidence — Evidence of prior sexual acts with accused — Defence of honest but mistaken belief of consent — Whether evidence of other acts of intercourse admissible.

Evidence — Criminal law — Sexual assault — Consent — Admissibility of evidence — Evidence of prior sexual acts with accused — Defence of honest but mistaken belief of consent — Whether evidence of other acts of intercourse admissible.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for the Yukon Territory (1993), 81 C.C.C. (3d) 224, 21 C.R. (4th) 8, allowing an appeal from a judgment of Lilles C.J.T.C. and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Marcel La Flamme, for the appellant.

Judith Bowers, Q.C., and *Robert Frater*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J. — This is an appeal as of right. We are all of the view that the trial judge erred in the admission or the use of the evidence of the previous sexual relationship between the complainant and the appellant and that, under the circumstances of this case, the order by the Court of Appeal for a

Alexander Lee Dickson *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* DICKSON

N° du greffe: 23580.

1994: 2 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU TERRITOIRE DU YUKON

Droit criminel — Agression sexuelle — Consentement — Admissibilité de la preuve — Preuve d'actes sexuels antérieurs avec l'accusé — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement — La preuve d'autres rapports sexuels est-elle admissible?

Preuve — Droit criminel — Agression sexuelle — Consentement — Admissibilité de la preuve — Preuve d'actes sexuels antérieurs avec l'accusé — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement — La preuve d'autres rapports sexuels est-elle admissible?

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du territoire du Yukon (1993), 81 C.C.C. (3d) 224, 21 C.R. (4th) 8, qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge en chef Lilles de la Cour territoriale, et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Marcel La Flamme, pour l'appelant.

Judith Bowers, c.r., et *Robert Frater*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Le présent pourvoi est formé de plein droit. Nous sommes tous d'avis que le juge du procès a commis une erreur en admettant ou en utilisant la preuve des rapports sexuels antérieurs entre la plaignante et l'appelant, et que, dans les circonstances de la présente

new trial was properly made. Accordingly the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Marcel La Flamme, Whitehorse.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Whitehorse.

affaire, c'est à bon droit que la Cour d'appel a rendu une ordonnance de nouveau procès. Le pourvoi est donc rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: Marcel La Flamme, Whitehorse.

Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice, Whitehorse.

Viateur Richardson *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* RICHARDSON

File No.: 23413.

1994: February 4.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Criminal law — First degree murder — Charge to jury.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 231(3) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 7(2)(*b*)].

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1993), 132 N.B.R. (2d) 375, 337 A.P.R. 375, dismissing the accused's appeal from his conviction for first degree murder. Appeal dismissed.

Ronald Godin, for the appellant.

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

English version of the judgment of the Court delivered orally by

LAMER C.J. — We are all of the view that the judge's charge to the jury, although open to criticism, essentially succeeded in making clear to them the applicable law, the relevant facts, and the theory of the Crown and of the defence so that we can conclude that the accused had a fair and equitable trial. The judge erred in treating s. 231(3) as though it were an independent offence. In view of the particular circumstances of the case, however, this error is of no consequence and could not have had any impact on the jury's deliberations.

Viateur Richardson *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* RICHARDSON

N° du greffe: 23413.

1994: 4 février.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit criminel — Meurtre au premier degré — Directives au jury.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 231(3) [mod. ch. 27 (1er suppl.), art. 7(2)*b*)].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1993), 132 R.N.-B. (2e) 375, 337 A.P.R. 375, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré. Pourvoi rejeté.

Ronald Godin, pour l'appelant.

Graham J. Sleeth, c.r., pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Nous sommes tous d'avis que, pour l'essentiel, les directives du juge au jury, quoique susceptibles de critiques, ont réussi à faire comprendre à ceux-ci les lois applicables, les faits pertinents, la théorie de la Couronne et de la défense de façon à nous permettre de conclure que l'accusé a eu un procès juste et équitable. C'est à tort que le juge a traité du par. 231(3) comme s'il s'agissait d'une infraction autonome. Cependant, eu égard aux circonstances propres à l'espèce cette erreur est sans conséquence aucune et ne pouvait avoir aucun impact sur les délibérations des jurés.

This appeal as of right is accordingly dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Robichaud, Godin, Williamson, Theriault & Johnstone, Bathurst, New Brunswick.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Fredericton.

Ce pourvoi de plein droit est donc rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Robichaud, Godin, Williamson, Theriault & Johnstone, Bathurst, Nouveau-Brunswick.

Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice, Fredericton.

MAIL ➔ POSTE
Canada Post Corporation / Société canadienne des postes
Postage paid / Port payé
Lettermail / Poste-lettre
8801320
OTTAWA

If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9

Available from Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente : Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 2, 1994 Vol. 1

2e cahier, 1994 Vol. 1

Cited as [1994] 1 S.C.R. 157-310

Renvoi [1994] 1 R.C.S. 157-310

Published pursuant to the Supreme Court Act by

ANNE ROLAND, LL.L.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

Editors
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Canadian Government Publishing Centre, Canada Communication Group, Ottawa, Canada, K1A 0S9, together with the old address.

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1994.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND, LL.L.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

Arrêtistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Groupe communication Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1994.

CONTENTS

Gibney *v.* Gilliland **157**

Torts — Negligence — Occupiers' liability — Trial judge's findings of fact supportable by evidence — Appeal dismissed.

Mobil Oil Canada Ltd. *v.* Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board **202**

Oil and gas — Offshore exploration — Application for declaration of significant discovery — Application based upon results of offshore well which had been subject of earlier significant discovery declaration — Whether application made under s. 71(1) of the Canada-Newfoundland Atlantic Accord Implementation Act requires drilling of fresh offshore well — Whether Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board must refer application to Oil and Gas Committee — Canada-Newfoundland Atlantic Accord Implementation Act, S.C. 1987, c. 3, ss. 47, 71(1), 124.

Continued on next page

SOMMAIRE

États-Unis d'Amérique *c.* Lépine **286**

Extradition — Compétence — Complot en vue d'importer illégalement de la cocaïne au Canada — Plan conçu au Canada — Plan comportant des activités survenues aux États-Unis — Arrestation d'autres comploteurs et saisie de cocaïne dans un aéroport américain pendant qu'on faisait le plein — Demande d'extradition d'un comploteur faite par les États-Unis, même si celui-ci ne s'est jamais trouvé aux États-Unis — Le juge d'extradition a statué que les tribunaux américains n'avaient pas compétence pour entendre l'affaire — Le pouvoir exécutif canadien ou le juge d'extradition était-il habilité à examiner si l'État requérant avait compétence pour poursuivre le fugitif relativement à l'infraction reprochée? — Nature des liens qui doivent exister avec une infraction pour justifier des poursuites en vertu du droit canadien — Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 13, 18(1)b), 22 — Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 nº 3, art. 1, 3, 3(3), 4(iii), 8.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Administrative law — Duty to act fairly — Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board — Board chairman refusing to put application for declaration of significant discovery before Board because it was based upon results of offshore well which had been subject of earlier significant discovery declaration — Whether applicant was entitled to a hearing — If applicant's right to be heard was denied, whether remedies sought should be granted.

Quebec (Attorney General) *v.* Canada (National Energy Board) **159**

Public utilities — Electricity — Licences — National Energy Board granting licences for export of electrical power to U.S. — Licences granted subject to environmental assessments of future generating facilities — Whether Board erred in granting licences — National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7 — Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467.

Shell Canada Products Ltd. *v.* Vancouver (City) **231**

Municipal law — Municipal resolutions — Validity — Vancouver passing resolutions that it would not do business with Shell until Shell "completely withdraws from South Africa" — Whether actions of city council as embodied in resolutions reviewable — Whether resolutions *ultra vires* city in that they do not relate to a municipal purpose — Whether resolutions constitute unauthorized discrimination — Vancouver Charter, S.B.C. 1953, c. 55.

United States of America *v.* Lépine **286**

Extradition — Jurisdiction — Conspiracy to import cocaine illegally into Canada — Planning done in Canada — Plan involving activities which took place in the United States — Co-conspirators and cocaine seized at U.S. airport while airplane being refuelled — U.S. seeking extradition of conspirator even though conspirator never in U.S. — Extradition judge finding want of jurisdiction on part of U.S. court to hear case — Whether Canadian executive or extradition judge had authority to consider jurisdiction of requesting state to prosecute the fugitive for offence charged — Nature of the links to an offence that must exist to warrant prosecution under Canadian law — Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23, ss. 13, 18(1)(b), 22 — Extradition Treaty Between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, arts. 1, 3, 3(3), 4(iii), 8.

SOMMAIRE (Fin)

Gibney *c.* Gilliland **157**

Responsabilité délictuelle — Négligence — Responsabilité des occupants — Conclusion de fait du juge du procès pouvant être appuyée par la preuve — Pourvoi rejeté.

Mobil Oil Canada Ltd. *c.* Office Canada—Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers **202**

Pétrole et gaz — Exploration extracôtière — Demande de déclaration de découverte importante — Demande fondée sur les résultats d'un puits extracôtier ayant déjà fait l'objet d'une déclaration de découverte importante — Une demande déposée en vertu de l'art. 71(1) de la Loi de mise en œuvre de l'Accord atlantique Canada—Terre-Neuve exige-t-elle le forage d'un nouveau puits extracôtier? — L'Office Canada—Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers doit-il renvoyer la demande au Comité des hydrocarbures? — Loi de mise en œuvre de l'Accord atlantique Canada—Terre-Neuve, L.C. 1987, ch. 3, art. 47, 71(1), 124.

Droit administratif — Obligation d'agir équitablement — Office Canada—Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers — Refus du président de l'Office de soumettre à l'Office la demande de déclaration de découverte importante parce qu'elle était fondée sur les résultats d'un puits extracôtier ayant déjà fait l'objet d'une déclaration de découverte importante — La requérante avait-elle droit à une audience? — S'il y a eu négation du droit de la requérante d'être entendue, les redressements recherchés devraient-ils être accordés?

Produits Shell Canada Ltée *c.* Vancouver (Ville) **231**

Droit municipal — Résolutions municipales — Validité — La ville de Vancouver a décidé, par voie de résolutions, qu'elle s'abstiendrait de traiter avec Shell jusqu'à ce que celle-ci «se retire complètement de l'Afrique du sud» — Les actes du conseil municipal que représentent les résolutions adoptées peuvent-ils faire l'objet d'un contrôle? — Les résolutions excèdent-elles la compétence de la ville en ce sens qu'elles n'ont pas trait à un objet municipal? — Les résolutions constituent-elles une forme de discrimination non autorisée? — Vancouver Charter, S.B.C. 1953, ch. 55.

Québec (Procureur général) *c.* Canada (Office national de l'énergie) **159**

Services publics — Électricité — Licences — Délivrance par l'Office national de l'énergie de licences d'exportation d'électricité à destination des États-Unis — Licences assujetties aux évaluations environnementales des futures installations de production — L'Office a-t-il commis une erreur en délivrant les licences? — Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), ch. N-7 — Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467.

Brian Gibney *Appellant*

v.

Douglas Mercer Gilliland, Darlene Dianne Gilliland and Christopher Gilliland *Respondents*

INDEXED AS: GIBNEY *v.* GILLILAND

File No.: 23159.

1994: February 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Torts — Negligence — Occupiers' liability — Trial judge's findings of fact supportable by evidence — Appeal dismissed.

Robert D. Gibbens and *Robert Duncan Ross, Q.C.*, for the appellant.

Timothy J. Maledy, for the respondents.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1992), 71 B.C.L.R. (2d) 314, 15 B.C.A.C. 34, 27 W.A.C. 34, affirming a judgment of Trainor J. dismissing the appellant's action. Appeal dismissed.

The judgment of the Court was delivered orally by

IACOBUCCI J. — In light of the findings of fact made by the trial judge, which were supportable by the evidence, we are all of the view that this appeal should be dismissed. In particular, it cannot be said that any failure on the part of the respondents was causative of the appellant's tragic injury.

Accordingly, the appeal is dismissed with costs.

Judgment accordingly.

Brian Gibney *Appelant*

c.

Douglas Mercer Gilliland, Darlene Dianne Gilliland et Christopher Gilliland *Intimés*

RÉPERTORIÉ: GIBNEY *c.* GILLILAND

N° du greffe: 23159.

1994: 22 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Responsabilité délictuelle — Négligence — Responsabilité des occupants — Conclusion de fait du juge du procès pouvant être appuyée par la preuve — Pourvoi rejeté.

Robert D. Gibbens et *Robert Duncan Ross, c.r.*, pour l'appelant.

Timothy J. Maledy, pour les intimés.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1992), 71 B.C.L.R. (2d) 314, 15 B.C.A.C. 34, 27 W.A.C. 34, qui a confirmé un jugement du juge Trainor, qui avait rejeté l'action de l'appelant. Pourvoi rejeté.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE IACOBUCCI — Compte tenu des conclusions de fait tirées par le juge de première instance, lesquelles pouvaient être appuyées par la preuve, nous sommes tous d'avis de rejeter le présent pourvoi. Plus particulièrement, on ne saurait dire qu'une omission quelconque de la part des intimés a été la cause des blessures tragiques de l'appelant.

Par conséquent, le pourvoi est rejeté avec dépens.

Jugement en conséquence.

Solicitor for the appellant: Robert Duncan Ross, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Watson Goepel Maledy, Vancouver.

Procureur de l'appelant: Robert Duncan Ross, Vancouver.

Procureurs des intimés: Watson Goepel Maledy, Vancouver.

The Grand Council of the Crees (of Quebec) and the Cree Regional Authority *Appellants*

v.

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, Hydro-Québec and the National Energy Board *Respondents*

and

Sierra Legal Defence Fund, Canadian Environmental Law Association, Cultural Survival (Canada), Friends of the Earth and Sierra Club of Canada *Interveners*

INDEXED AS: QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) *v.* CANADA (NATIONAL ENERGY BOARD)

File No.: 22705.

1993: October 13; 1994: February 24.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Public utilities — Electricity — Licences — National Energy Board granting licences for export of electrical power to U.S. — Licences granted subject to environmental assessments of future generating facilities — Whether Board erred in granting licences — National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7 — Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467.

Following lengthy public hearings at which the appellants made numerous submissions, the National Energy Board granted Hydro-Québec licences for the export of electrical power to the states of New York and Vermont. At the time the licence applications were filed, the Board was required to satisfy itself both that the power sought to be exported was not needed to meet reasonably foreseeable Canadian requirements and that the price to be charged by the power authority was just and reasonable in relation to the public interest. After the

Le Grand conseil des Cris (du Québec) et l'Administration régionale crie *Appelants*

c.

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, Hydro-Québec et l'Office national de l'énergie *Intimés*

et

Sierra Legal Defence Fund, l'Association canadienne du droit de l'environnement, Survie culturelle (Canada), les Ami(e)s de la Terre et Sierra Club of Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) *c.* CANADA (OFFICE NATIONAL DE L'ÉNERGIE)

N° du greffe: 22705.

1993: 13 octobre; 1994: 24 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Services publics — Électricité — Licences — Délivrance par l'Office national de l'énergie de licences d'exportation d'électricité à destination des États-Unis — Licences assujetties aux évaluations environnementales des futures installations de production — L'Office a-t-il commis une erreur en délivrant les licences? — Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), ch. N-7 — Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467.

Après de longues audiences publiques au cours desquelles les appelants ont présenté de nombreux arguments, l'Office national de l'énergie a délivré à Hydro-Québec des licences d'exportation d'électricité à destination des États de New York et du Vermont. Au moment du dépôt des demandes de licences, l'Office devait s'assurer que l'électricité à exporter n'était pas requise pour satisfaire aux besoins normalement prévisibles du Canada à l'époque en cause et que le prix à demander par la société d'électricité était juste et raison-

hearings but prior to the Board's ruling, these two explicit criteria were removed from the *National Energy Board Act*, leaving only the requirement that the Board is to have regard to all conditions that appear to it to be relevant. In evaluating the environmental impact of the applications, the Board considered itself bound by both its own Act as amended and the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*. The licences were granted subject to two conditions relating to the successful completion of environmental assessments of future generating facilities. The Federal Court of Appeal rejected the appellants' argument that the Board erred in several respects in granting the licences, but allowed the appeal by Hydro-Québec and the Attorney General of Quebec, concluding that the Board had exceeded its jurisdiction in imposing the environmental assessment conditions. It severed these two conditions and allowed the licences to stand. This appeal is to determine (1) whether the Board properly conducted the required social cost-benefit review; (2) whether the Board's failure to require that Hydro-Québec disclose in full the assumptions and methodologies on which its cost-benefit review was based breached the requirements of procedural fairness; (3) whether the Board owed the appellants a fiduciary duty in the exercise of its decision-making power, and, if so, whether the requirements of this duty were fulfilled; (4) whether the Board's decision affects the appellants' aboriginal rights; and (5) whether the Board failed to follow the requirements of its own Act and of the Guidelines Order in conducting its environmental impact assessment.

Held: The appeal should be allowed and the order of the Board restored.

Hydro-Québec provided evidence on which the Board could reasonably conclude that the consideration of cost recoverability was satisfied. The Board did not err in considering relevant to this issue the fact that the export contracts had received the approval of the province. Also, as this was only one of the factors considered, the Board did not improperly delegate its decision-making responsibility. It has not been shown that the Board's discretion to determine what evidence is relevant to its decision was improperly exercised in this case so as to result in inadequate disclosure to the appellants. The Board had sufficient evidence before it to make a valid finding that all costs would be recovered, and the appellants were given access to all the material before the Board. While there is a fiduciary relationship between

nable par rapport à l'intérêt public. Après les audiences, mais avant la décision de l'Office, ces deux critères explicites ont été retranchés de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*; l'Office doit maintenant tenir compte seulement des facteurs qu'il estime pertinents. Dans le cadre de l'évaluation des incidences environnementales des demandes, l'Office s'est estimé lié par sa propre loi habilitante modifiée et par le *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*. Les licences ont été délivrées sous réserve de deux conditions, qui portaient sur le résultat favorable des évaluations environnementales des futures installations de production. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'argument des appelants que l'Office avait commis plusieurs erreurs en délivrant les licences, mais a accueilli celui d'Hydro-Québec et du procureur général du Québec, concluant que l'Office avait excédé sa compétence en imposant les conditions relatives aux évaluations environnementales. Elle a retranché ces deux conditions et a maintenu les licences délivrées. Le présent pourvoi vise à déterminer (1) si l'Office a correctement procédé à l'analyse de rentabilité sociale nécessaire; (2) si, en n'exigeant pas qu'Hydro-Québec divulgue en totalité les hypothèses et la méthodologie à la base de l'analyse de rentabilité, l'Office a contrevenu aux exigences en matière d'équité procédurale; (3) si l'Office a une obligation fiduciaire, envers les appelants, dans l'exercice de son pouvoir décisionnel et, dans l'affirmative, s'il y a satisfait; (4) si la décision de l'Office touche les droits ancestraux des appelants, et (5) si l'Office a omis de respecter les exigences de sa loi habilitante et du Décret lorsqu'il a procédé à l'évaluation environnementale.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance de l'Office est rétablie.

Hydro-Québec a fourni des éléments de preuve permettant à l'Office de raisonnablement conclure que le facteur de la récupération des coûts avait été respecté. L'Office n'a pas commis d'erreur en considérant comme pertinent, relativement à cette question, le fait que la province avait autorisé les contrats d'exportation. En outre, comme il ne s'agissait que de l'un des facteurs considérés, l'Office n'a pas délégué de façon illégitime son pouvoir décisionnel. On n'a pas démontré que le pouvoir discrétionnaire de l'Office de déterminer la preuve qui est pertinente relativement à sa décision a été exercé illégitimement de façon à entraîner une divulgation insuffisante aux appelants. L'Office disposait d'une preuve suffisante pour conclure validement qu'il y aurait récupération de tous les coûts, et les appelants ont eu

the federal Crown and the aboriginal peoples of Canada, the function of the Board in deciding whether to grant an export licence is quasi-judicial and inherently inconsistent with the imposition of a relationship of utmost good faith between the Board and a party appearing before it. The fiduciary relationship between the Crown and the appellants thus does not impose a duty on the Board to make its decisions in the appellants' best interests, or to change its hearing process so as to impose superadded requirements of disclosure. Moreover, even assuming that the Board should have taken into account the existence of the fiduciary relationship between the Crown and the appellants, the Board's actions in this case would have met the requirements of such a duty. The appellants had access to all the evidence that was before the Board, were able to make submissions and argument in reply, and were entitled to cross-examine the witnesses called by Hydro-Québec. On the issue of whether the Board's decision will have a negative impact on the appellants' aboriginal rights, it is not possible to evaluate realistically the impact of the Board's decision on the appellants' rights without reference to the James Bay Agreement, on which the appellants disavowed reliance. Moreover, even assuming that the Board's decision is one that has, *prima facie*, an impact on the appellants' aboriginal rights, and that for the Board to justify its interference it must at the very least conduct a rigorous, thorough, and proper cost-benefit review, the review carried out in this case was not wanting in this respect.

The Board did not exceed its jurisdiction under the *National Energy Board Act* in considering the environmental effects of the construction of future generating facilities as they related to the proposed export, an area of federal responsibility. The Court of Appeal erred in limiting the scope of the Board's environmental inquiry to the effects on the environment of the transmission of power by a line of wire across the border. Even though the Board found that the new facilities contemplated would have to be built in any event to supply increasing domestic needs, if the construction of new facilities is required to serve the demands of the export contract, among other needs, then the environmental effects of the construction of such facilities are related to the export. In these circumstances, it becomes appropriate for the Board to consider the source of the electrical power to be exported, and the environmental costs that are associated with the generation of that power. In defining the

accès à tous les documents déposés devant l'Office. Bien qu'il existe des rapports fiduciaires entre l'État fédéral et les peuples autochtones du Canada, l'Office, lorsqu'il décide de délivrer une licence d'exportation, remplit une fonction quasi judiciaire, qui est en soi incompatible avec l'exigence voulant qu'il existe des rapports d'une extrême bonne foi entre l'Office et une partie qui comparaît devant lui. Les rapports fiduciaires entre l'État et les appelants n'imposent pas à l'Office une obligation de prendre des décisions dans l'intérêt des appelants, ou encore de modifier son processus d'audience de façon à imposer des exigences additionnelles de divulgation. En outre, même si l'on suppose que l'Office aurait dû tenir compte de l'existence de rapports fiduciaires entre l'État et les appelants, les mesures qu'il a prises auraient permis de satisfaire aux exigences d'une telle obligation. Les appelants ont eu accès à tous les éléments de preuve déposés devant l'Office, ils ont pu présenter des arguments et une réplique et ils ont également eu le droit de contre-interroger les témoins assignés par Hydro-Québec. Quant à savoir si la décision de l'Office aura une incidence négative sur les droits ancestraux des appelants, on ne peut établir d'une façon réaliste l'incidence de la décision de l'Office sur les droits des appelants sans examiner la Convention de la Baie James, dont les appelants n'ont pas voulu se servir. En outre, même en supposant que la décision de l'Office a, à première vue, une incidence sur les droits ancestraux des appelants, et que ceux-ci ont raison de soutenir que, pour justifier son intervention, l'Office doit, à tout le moins, procéder à une analyse de rentabilité rigoureuse, approfondie et appropriée, l'analyse effectuée en l'espèce n'était pas déficiente sur ce point.

L'Office n'a pas excédé sa compétence en vertu de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* en tenant compte des effets sur l'environnement de la construction des futures installations de production dans la mesure où ils se rapportent aux exportations proposées, domaine de compétence fédérale. La Cour d'appel a commis une erreur en limitant l'examen de l'Office sur les incidences environnementales aux effets sur l'environnement du transport d'électricité par une ligne de fil métallique au-delà de la frontière. Bien que l'Office ait conclu qu'il faudrait de toute façon procéder à la construction des nouvelles installations pour répondre à l'accroissement de la demande intérieure, les effets sur l'environnement de la construction de ces installations ont un lien avec l'exportation si la construction de nouvelles installations est nécessaire, entre autres, pour répondre à la demande créée par un contrat d'exportation. Dans ces circonstances, il devient alors approprié pour l'Office de

jurisdictional limits of the Board, this Court must be careful to ensure that the Board's authority is truly limited to matters of federal concern, but the scope of its inquiry must not be narrowed to such a degree that the function of the Board is rendered meaningless or ineffective. The Board met its obligations under the Guidelines Order in attaching to the licence the two impugned conditions. Having concluded that the environmental effects of the construction and operation of the planned facilities were unknown, the Board was required by s. 12(*d*) of the Order to see either that the proposal was subjected to further study and subsequent rescreening, or that it was submitted to a public review. The conditions imposed by the Board meet in substance this obligation. They do not amount to an improper delegation of the Board's responsibility under the Guidelines Order, but rather are an attempt to avoid the duplication warned against in the Order, while continuing the Board's jurisdiction over this matter.

tenir compte de la source de l'énergie électrique à exporter et des coûts environnementaux associés à la production de cette énergie. En définissant les limites de la compétence de l'Office, notre Cour doit s'assurer que l'exercice des pouvoirs de l'Office se limite vraiment aux questions d'intérêt fédéral. Cependant, il ne faut pas circonscrire l'étendue de l'examen à effectuer à un tel point que la fonction de l'Office devienne dénuée de sens ou privée d'efficacité. L'Office a respecté ses obligations en vertu du Décret en assortissant la licence des deux conditions contestées. Lorsqu'elle a conclu que les effets sur l'environnement de la construction et du fonctionnement des installations prévues étaient inconnus, l'Office était tenu, en vertu de l'al. 12*d*) du Décret de veiller à ce que la proposition soit soumise à d'autres études suivies d'un autre examen ou qu'elle fasse l'objet d'un examen public. L'Office a, pour l'essentiel, satisfait à cette obligation en imposant les conditions. Celles-ci ne constituent pas une délégation erronée de la responsabilité de l'Office en vertu du Décret, mais tentent plutôt d'éviter le double emploi dont le Décret fait mention, tout en préservant la compétence de l'Office sur cette question.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *In re Canadian Radio-Television Commission and in re London Cable TV Ltd.*, [1976] 2 F.C. 621; *Parke, Davis & Co. v. Fine Chemicals of Canada Ltd.*, [1959] S.C.R. 219; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer*, [1992] 3 S.C.R. 165; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *Gitludahl v. Minister of Forests*, B.C.S.C., Vancouver A922935, August 13, 1992; *Dick v. The Queen*, F.C.T.D., T-951-89, June 3, 1992; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)* (1989), 4 C.E.L.R. (N.S.) 201 (F.C.T.D.), aff'd [1991] 1 F.C. 641 (C.A.); *Friends of the Island Inc. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1993] 2 F.C. 229.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *In re le Conseil de la Radio-Télévision canadienne et in re la London Cable TV Ltd.*, [1976] 2 C.F. 621; *Parke, Davis & Co. c. Fine Chemicals of Canada Ltd.*, [1959] R.C.S. 219; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Lakeside Colony of Hutterian Brethren c. Hofer*, [1992] 3 R.C.S. 165; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *Gitludahl c. Minister of Forests*, C.S.C.-B., Vancouver A922935, 13 août 1992; *Dick c. La Reine*, C.F. 1re inst., T-951-89, 3 juin 1992; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (1989), 4 C.E.L.R. (N.S.) 201 (C.F. 1re inst.), conf. par [1991] 1 C.F. 641 (C.A.); *Friends of the Island Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1993] 2 C.F. 229.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the National Energy Board Act and to repeal certain enactments in consequence thereof, S.C. 1990, c. 7, s. 32.
Constitution Act, 1867, s. 91(2).
Constitution Act, 1982, s. 35(1).
Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467, ss. 2, 3, 4(1), 5(1), 6, 8, 10(2), 12.
Hydro-Québec Act, R.S.Q., c. H-5, s. 24.
James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act, S.C. 1976-77, c. 32.
National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7 [am. 1990, c. 7], ss. 2, 22(1), 24, 118, 119.02, 119.03, 119.06(2), 119.07, 119.08, 119.09, 119.093.
National Energy Board Part VI Regulations, C.R.C. 1978, c. 1056, ss. 6, 15(*m*).

Lois et règlements cités

Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467, art. 2, 3, 4(1), 5(1), 6, 8, 10(2), 12.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).
Loi modifiant la Loi sur l'Office national de l'énergie et abrogeant certaines lois en conséquence, L.C. 1990, ch. 7, art. 32.
Loi sur l'Hydro-Québec, L.R.Q., ch. H-5, art. 24.
Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), ch. N-7 [mod. 1990, ch. 7], art. 2, 22(1), 24, 118, 119.02, 119.03, 119.06(2), 119.07, 119.08, 119.09, 119.093.
Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois, S.C. 1976-77, ch. 32.
Règlement sur l'Office national de l'énergie (Partie VI), C.R.C. 1978, ch. 1056, art. 6, 15*m*).

Authors Cited

Canada. Energy, Mines and Resources Canada. *Canadian Electricity Policy*. Ottawa: Energy, Mines and Resources Canada, 1988.
Canada. National Energy Board. *The Regulation of Electricity Exports: Report of an Inquiry By a Panel of the National Energy Board Following a Hearing in November and December 1986*. Ottawa: The Board, 1987.

Doctrine citée

Canada. Énergie, Mines et Ressources Canada. *La politique canadienne de l'électricité*. Ottawa: Énergie, Mines et Ressources Canada, 1988.
Canada. Office national de l'énergie. *Réglementation fédérale des exportations d'électricité: Rapport concernant une enquête par un comité de l'Office national de l'énergie suite à une audience en novembre et décembre 1986*, Ottawa: L'Office, 1987.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1991] 3 F.C. 443, 83 D.L.R. (4th) 146, 7 C.E.L.R. (N.S.) 315, 132 N.R. 214, severing conditions from licences granted by the National Energy Board, [1991] 2 C.N.L.R. 70, and allowing the licences to stand. Appeal allowed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1991] 3 C.F. 443, 83 D.L.R. (4th) 146, 7 C.E.L.R. (N.S.) 315, 132 N.R. 214, qui a retranché certaines conditions des licences délivrées par l'Office national de l'énergie, [1991] 2 C.N.L.R. 70, et déclaré les licences par ailleurs valides. Pourvoi accueilli.

Robert Mainville, *Peter W. Hutchins* and *Johanne Mainville*, for the appellants.

Robert Mainville, *Peter W. Hutchins* et *Johanne Mainville*, pour les appelants.

Jean-Marc Aubry, *Q.C.*, and *René LeBlanc*, for the respondent the Attorney General of Canada.

Jean-Marc Aubry, *c.r.*, et *René LeBlanc*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Pierre Lachance and *Jean Robitaille*, for the respondent the Attorney General of Quebec.

Pierre Lachance et *Jean Robitaille*, pour l'intimé le procureur général du Québec.

Pierre Bienvenu, *Jean G. Bertrand* and *Bernard Roy*, for the respondent Hydro-Québec.

Pierre Bienvenu, *Jean G. Bertrand* et *Bernard Roy*, pour l'intimée Hydro-Québec.

Judith B. Hanebury, for the respondent the National Energy Board.

Gregory J. McDade and *Stewart A. G. Elgie*, for the interveners.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. — This appeal arises from the decision of the respondent National Energy Board ("the Board") to grant to the respondent Hydro-Québec licences for the export of electrical power to the states of New York and Vermont. This decision followed lengthy public hearings at which the Grand Council of the Crees (of Quebec) and the Cree Regional Authority ("the appellants"), along with other concerned groups, made numerous submissions.

The Attorneys General of Quebec and of Canada appeared as respondents to this appeal, as did the Board. The Court also heard the joint submissions of the Sierra Legal Defence Fund, the Canadian Environmental Law Association, Cultural Survival (Canada), Friends of the Earth and the Sierra Club of Canada ("the interveners").

The appellants argued before the Federal Court of Appeal that the Board erred in several respects in granting the licences. The respondents Hydro-Québec and the Attorney General of Quebec claimed that the Board erred in making the granting of the licences conditional on the successful completion of environmental assessments of the power generation facilities contemplated by Hydro-Québec for future construction. The Federal Court of Appeal rejected the argument of the appellants, and concluded that the Board had erred in imposing the conditions impugned by the respondents. The Court of Appeal severed these conditions, and allowed the licences to stand. The appellants now appeal to this Court.

Judith B. Hanebury, pour l'intimé l'Office national de l'énergie.

Gregory J. McDade et *Stewart A. G. Elgie*, pour les intervenants.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Il s'agit d'un pourvoi contre la décision de l'intimé l'Office national de l'énergie («l'Office») de délivrer à l'intimée Hydro-Québec des licences d'exportation d'électricité à destination des États de New York et du Vermont. Cette décision a été prise après de longues audiences publiques au cours desquelles le Grand conseil des Cris, l'Administration régionale crie («les appelants») ainsi que d'autres groupes intéressés ont présenté de nombreux arguments.

Le procureur général du Québec, celui du Canada et l'Office ont comparu comme intimés dans le cadre du présent pourvoi. Notre Cour a également entendu le Sierra Legal Defence Fund, l'Association canadienne du droit de l'environnement, Survie culturelle (Canada), les Ami(e)s de la Terre et le Sierra Club of Canada («les intervenants»).

Les appelants ont soutenu devant la Cour d'appel fédérale que l'Office avait commis plusieurs erreurs en délivrant les licences. Les intimés Hydro-Québec et le procureur général du Québec ont affirmé que l'Office avait commis une erreur en assujettissant la délivrance des licences au résultat favorable des évaluations environnementales des futures installations de production d'électricité envisagées par Hydro-Québec. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'argument des appelants et a conclu que l'Office avait commis une erreur en imposant les conditions contestées par les intimés. La Cour d'appel a retranché ces conditions et déclaré que les licences étaient par ailleurs valides. Les appelants se pourvoient maintenant devant notre Cour.

I. Facts

On July 28, 1989, Hydro-Québec applied to the Board for licences to export blocks of power to New York and Vermont. These applications involved nine blocks of power which were to be provided over periods ranging from five to twenty-two years, pursuant to two agreements signed with the U.S. power companies that covered a total of 1 450 MW of power and were projected to generate nearly $25 billion in income for Hydro-Québec. The purpose of the export was to raise sufficient revenue such that Hydro-Québec would be able to implement its development plan for expansion to meet the constantly rising demand for the provision of electrical services within the province.

The Board held public hearings during the months of February and March of 1990 on the application for licences for export. A number of interested parties, including the appellants, took part. At the time the applications were filed, the Board was required by s. 118 of the *National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7, to satisfy itself both that the power sought to be exported was not needed to meet reasonably foreseeable Canadian requirements at the relevant times, and that the price to be charged by the power authority was just and reasonable. After the hearings but prior to the Board's ruling, s. 118 was modified by the *Act to amend the National Energy Board Act and to repeal certain enactments in consequence thereof*, S.C. 1990, c. 7 ("Bill C-23"). These two explicit criteria were removed from the statute, leaving only the requirement that the Board is to have regard to all conditions that appear to it to be relevant. The parties made submissions before the Board on the effect of these amendments.

On September 27, 1990, the Board granted the export licences, subject to a list of conditions. The appellants appealed the Board's decision to grant the licences to the Federal Court of Appeal. The respondents Hydro-Québec and the Attorney General of Quebec also appealed the decision of the Board, challenging the validity of the imposition of two of the conditions to the licences, which related to environmental assessment of future gen-

I. Les faits

Le 28 juillet 1989, Hydro-Québec s'adressait à l'Office pour obtenir des licences d'exportation de blocs de puissance à destination de New York et du Vermont. Il s'agissait de neuf blocs de puissance qui devaient être fournis durant des périodes variant de cinq à vingt-deux ans, conformément à deux ententes signées avec des sociétés d'électricité américaines, portant sur une quantité totale de 1 450 MW et qui devaient rapporter près de 25 milliards de dollars à Hydro-Québec. Celle-ci visait à tirer de ces exportations suffisamment de revenus pour mettre en œuvre son plan de développement dans le but de satisfaire à la demande sans cesse croissante de services d'électricité dans la province.

L'Office a tenu des audiences publiques au cours de février et mars 1990 relativement à la demande de licences d'exportation. Un certain nombre de parties intéressées, dont les appelants, y ont pris part. Au moment du dépôt des demandes de licences, l'Office devait, en vertu de l'art. 118 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7, s'assurer que l'électricité à exporter n'était pas requise pour satisfaire aux besoins normalement prévisibles du Canada à l'époque en cause, et que le prix à demander par la société d'électricité était juste et raisonnable. Après les audiences, mais avant la décision de l'Office, l'art. 118 a été modifié par la *Loi modifiant la Loi sur l'Office national de l'énergie et abrogeant certaines lois en conséquence*, L.C. 1990, ch. 7 («Projet de loi C-23»). Ces deux critères explicites ont été retranchés de la Loi; maintenant, l'Office doit seulement tenir compte des facteurs qu'il estime pertinents. Les parties ont présenté à l'Office des arguments quant à l'effet de ces modifications.

Le 27 septembre 1990, l'Office a délivré les licences d'exportation, sous réserve d'une liste de conditions. Les appelants ont interjeté appel contre la décision de l'Office devant la Cour d'appel fédérale. Les intimés Hydro-Québec et le procureur général du Québec ont également interjeté appel contre la décision de l'Office, contestant la validité de deux des conditions des licences, qui portaient sur l'évaluation environnementale des

erating facilities. The Federal Court of Appeal unanimously dismissed the appellants' appeal and allowed the appeal of Hydro-Québec and the Attorney General of Quebec. The Court of Appeal severed the two conditions but otherwise allowed the licences to stand.

II. Relevant Statutory Provisions

National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7 (as amended by S.C. 1990, c. 7):

2. In this Act,

. . .

"export" means, with reference to

(*a*) electricity, to send from Canada by a line of wire or other conductor electricity produced in Canada,

. . .

22. (1) An appeal lies from a decision or order of the Board to the Federal Court of Appeal on a question of law or of jurisdiction, after leave to appeal is obtained from that Court.

24. (1)... hearings before the Board with respect to the issuance, revocation or suspension of certificates or of licences for the exportation of gas or electricity or the importation of gas or for leave to abandon the operation of a pipeline shall be public.

119.02 No person shall export any electricity except under and in accordance with a permit issued under section 119.03 or a licence issued under section 119.08.

119.03 (1) Except in the case of an application designated by order of the Governor in Council under section 119.07, the Board shall, on application to it and without holding a public hearing, issue a permit authorizing the exportation of electricity.

(2) The application must be accompanied by the information that under the regulations is to be furnished in connection with the application.

119.06 (1) The Board may make a recommendation to the Minister, which it shall make public, that an application for exportation of electricity be designated by order of the Governor in Council under section 119.07, and may delay issuing a permit during such

futures installations de production. La Cour d'appel fédérale a rejeté à l'unanimité l'appel des appelants et accueilli celui d'Hydro-Québec et du procureur général du Québec. La Cour d'appel a retranché les deux conditions en cause, mais a par ailleurs maintenu les licences délivrées.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), ch. N-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 7):

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

«exportation»

a) Dans le cas de l'électricité, le fait de transporter de l'électricité produite au Canada à l'extérieur du pays par une ligne de fil métallique ou un autre conducteur;

. . .

22. (1) Il peut être interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale, avec l'autorisation de celle-ci, d'une décision ou ordonnance de l'Office, sur une question de droit ou de compétence.

24. (1) . . . doivent faire l'objet d'audiences publiques les cas de délivrance, d'annulation ou de suspension de certificats ou de licences concernant l'exportation de gaz ou d'électricité ou l'importation de gaz, ainsi que les demandes de cessation d'exploitation d'un pipeline.

119.02 Il est interdit d'exporter de l'électricité sans un permis ou une licence, respectivement délivré en application des articles 119.03 ou 119.08, ou en contravention avec l'un ou l'autre de ces titres.

119.03 (1) Sauf si un décret a été pris au titre de l'article 119.07, l'Office délivre, sur demande et sans audience publique, les permis autorisant l'exportation d'électricité.

(2) Sont annexés à la demande les renseignements prévus par règlement et liés à celle-ci.

119.06 (1) L'Office peut suggérer, par recommandation qu'il doit rendre publique, au ministre la prise d'un décret au titre de l'article 119.07 visant une demande

period as is necessary for the purpose of making such an order.

(2) In determining whether to make a recommendation, the Board shall seek to avoid the duplication of measures taken in respect of the exportation by the applicant and the government of the province from which the electricity is exported, and shall have regard to all considerations that appear to it to be relevant, including

. . .

(*b*) the impact of the exportation on the environment;

. . .

(*d*) such considerations as may be specified in the regulations.

119.07 (1) The Governor in Council may make orders

(*a*) designating an application for exportation of electricity as an application in respect of which section 119.08 applies; and

(*b*) revoking any permit issued in respect of the exportation.

. . .

(3) Where an order is made under subsection (1),

(*a*) no permit shall be issued in respect of the application; and

(*b*) any application in respect of the exportation shall be dealt with as an application for a licence.

119.08 (1) The Board may, subject to section 24 and to the approval of the Governor in Council, issue a licence for the exportation of electricity in relation to which an order made under section 119.07 is in force.

(2) In deciding whether to issue a licence, the Board shall have regard to all considerations that appear to it to be relevant.

119.09 (1) The Board may, on the issuance of a permit, make the permit subject to such terms and conditions respecting the matters prescribed by the regulations as the Board considers necessary or desirable in the public interest.

(2) The Board may, on the issuance of a licence, make the licence subject to such terms and conditions as the Board may impose.

d'exportation d'électricité et surseoir à la délivrance de permis pour la durée nécessaire à la prise du décret.

(2) Pour déterminer s'il y a lieu de procéder à la recommandation, l'Office tente d'éviter le dédoublement des mesures prises au sujet de l'exportation d'électricité par le demandeur et le gouvernement de la province exportatrice et tient compte de tous les facteurs qu'il estime pertinents et notamment:

. . .

b) des conséquences de l'exportation sur l'environnement;

. . .

d) de tout autre facteur qui peut être prévu par règlement.

119.07 (1) Le gouverneur en conseil peut, par décret:

a) préciser que la demande d'exportation est assujettie à l'obtention de la licence visée à l'article 119.08;

b) annuler tout permis relatif à cette exportation.

. . .

(3) Le décret emporte l'impossibilité de délivrer tout permis relatif à la demande et l'assimilation de toute demande la visant à une demande de licence.

119.08 (1) Sous réserve de l'agrément du gouverneur en conseil et de l'article 24, l'Office peut délivrer une licence pour l'exportation de l'électricité visée par le décret.

(2) L'Office tient compte de tous les facteurs qui lui semblent pertinents.

119.09 (1) L'Office peut assortir le permis des conditions, en ce qui touche les données prévues par règlement, qu'il juge souhaitables dans l'intérêt public.

(2) L'Office peut assujettir la licence aux conditions qu'il juge souhaitables.

119.093 (1) The Board may revoke or suspend a permit or licence issued in respect of the exportation of electricity

. . .

(*b*) where a holder of the permit or licence has contravened or failed to comply with a term or condition of the permit or licence.

National Energy Board Part VI Regulations, C.R.C. 1978, c. 1056:

6. (1) Every applicant for a licence for the exportation of power shall furnish to the Board such information as the Board may require.

(2) Without restricting the generality of subsection (1), the information required to be furnished by any applicant described in subsection (1) shall, unless otherwise authorized by the Board, include

. . .

(*y*) evidence that the applicant has obtained any licence, permit or other form of approval required under any law of Canada or a province respecting the electric power proposed to be exported;

(*z*) evidence to demonstrate that the price to be charged by the applicant for electric power and energy exported by him is just and reasonable in relation to the public interest, and in particular that the export price

(i) would recover its appropriate share of the costs incurred in Canada,

(ii) would not be less than the price to Canadians for equivalent service in related areas, and

(iii) would not result in prices in the country to which the power is exported being materially less than the least cost alternative for power and energy at the same location within that country; and

(*aa*) evidence on any environmental impact that would result from the generation of the power for export.

15. Every licence for the export of electric power and energy is subject to such terms and conditions as the Board may prescribe and, without restricting the gener-

119.093 (1) L'Office peut annuler ou suspendre un permis ou une licence délivré pour l'exportation d'électricité [. . .] soit en cas de contravention par celui-ci aux conditions de son titre.

Règlement sur l'Office national de l'énergie (Partie VI), C.R.C. 1978, ch. 1056:

6. (1) Tout requérant d'une licence pour l'exportation de force motrice doit fournir à l'Office les renseignements exigés par ce dernier.

(2) Sans restreindre la portée générale du paragraphe (1), les renseignements que tout requérant décrit au paragraphe (1) est tenu de fournir doivent, sauf autorisation contraire de l'Office, comprendre

. . .

y) une preuve que le requérant a obtenu une licence, un permis ou une autre forme d'autorisation exigés par une loi du Canada ou d'une province à l'égard de la puissance électrique dont l'exportation est projetée;

z) une preuve démontrant que le prix que doit exiger le requérant pour la puissance et l'énergie électriques destinées par lui à l'exportation est juste et raisonnable par rapport à l'intérêt public et, en particulier, que le prix d'exportation

(i) permettra la récupération d'une bonne proportion des coûts assumés au Canada,

(ii) ne sera pas inférieur au prix exigé des Canadiens pour un service équivalent dans des régions connexes, et

(iii) n'entraînerait pas, dans le pays auquel la puissance est destinée, des prix qui soient sensiblement inférieurs à ceux de l'autre source la plus économique d'alimentation en puissance et en énergie qui existe au même endroit dans ce pays; et

aa) un témoignage quant aux répercussions que pourrait avoir sur l'environnement la production de la puissance destinée à l'exportation.

15. Toute licence d'exportation de puissance et d'énergie électriques est assujettie aux termes et conditions que l'Office peut prescrire, y compris, sans res-

ality of the foregoing, is subject to every statement set out by the Board in the licence respecting

. . .

(*m*) the requirements for environmental protection.

Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467:

2. In these Guidelines,

. . .

"proposal" includes any initiative, undertaking or activity for which the Government of Canada has a decision making responsibility.

3. The Process shall be a self assessment process under which the initiating department shall, as early in the planning process as possible and before irrevocable decisions are taken, ensure that the environmental implications of all proposals for which it is the decision making authority are fully considered and where the implications are significant, refer the proposal to the Minister for public review by a Panel.

4. (1) An initiating department shall include in its consideration of a proposal pursuant to section 3

(*a*) the potential environmental effects of the proposal and the social effects directly related to those environmental effects, including any effects that are external to Canadian territory; and

(*b*) the concerns of the public regarding the proposal and its potential environmental effects.

5. (1) Where a proposal is subject to environmental regulation, independently of the Process, duplication in terms of public reviews is to be avoided.

(2) For the purpose of avoiding the duplication referred to in subsection (1), the initiating department shall use a public review under the Process as a planning tool at the earliest stages of development of the proposal rather than as a regulatory mechanism and make the results of the public review available for use in any regulatory deliberations respecting the proposal.

6. These Guidelines shall apply to any proposal

. . .

treindre la portée générale de ce qui précède, toute stipulation dans ladite licence concernant

. . .

m) les exigences relatives à la protection de l'environnement.

Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467:

2. Les définitions qui suivent s'appliquent aux présentes lignes directrices.

. . .

«proposition» S'entend en outre de toute entreprise ou activité à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions.

3. Le processus est une méthode d'auto-évaluation selon laquelle le ministère responsable examine, le plus tôt possible au cours de l'étape de planification et avant de prendre des décisions irrévocables, les répercussions environnementales de toutes les propositions à l'égard desquelles il exerce le pouvoir de décision.

4. (1) Lors de l'examen d'une proposition selon l'article 3, le ministère responsable étudie:

a) les effets possibles de la proposition sur l'environnement ainsi que les répercussions sociales directement liées à ces effets, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du territoire canadien; et

b) les préoccupations du public qui concernent la proposition et ses effets possibles sur l'environnement.

5. (1) Si, indépendamment du processus, le ministère responsable soumet une proposition à un règlement sur l'environnement, il doit veiller à ce que les examens publics ne fassent pas double emploi.

(2) Pour éviter la situation de double emploi visée au paragraphe (1), le ministère responsable doit se servir du processus d'examen public comme instrument de travail au cours des premières étapes du développement d'une proposition plutôt que comme mécanisme réglementaire, et rendre les résultats de l'examen public disponibles aux fins des délibérations de nature réglementaire portant sur la proposition.

6. Les présentes lignes directrices s'appliquent aux propositions

. . .

(*b*) that may have an environmental effect on an area of federal responsibility

8. Where a board or an agency of the Government of Canada or a regulatory body has a regulatory function in respect of a proposal, these Guidelines shall apply to that board, agency or body only if there is no legal impediment to or duplication resulting from the application of these Guidelines.

10. (1) Every initiating department shall ensure that each proposal for which it is the decision making authority shall be subject to an environmental screening or initial assessment to determine whether, and the extent to which, there may be any potentially adverse environmental effects from the proposal.

(2) Any decisions to be made as a result of the environmental screening or initial assessment referred to in subsection (1) shall be made by the initiating department and not delegated to any other body.

12. Every initiating department shall screen or assess each proposal for which it is the decision making authority to determine if

(*a*) the proposal is of a type identified by the list described under paragraph 11(*a*) [one that would not produce any adverse environmental effects], in which case the proposal may automatically proceed;

(*b*) the proposal is of a type identified by the list under paragraph 11(*b*) [one that would produce significant adverse environmental effects], in which case the proposal shall be referred to the Minister for public review by a Panel;

(*c*) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are insignificant or mitigable with known technology, in which case the proposal may proceed or proceed with the mitigation, as the case may be;

(*d*) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are unknown, in which case the proposal shall either require further study and subsequent rescreening or reassessment or be referred to the Minister for public review by a Panel;

(*e*) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are significant, as determined in accordance with criteria developed by the Office in cooperation with the initiating department, in which case the proposal shall be referred to the Minister for public review by a Panel; or

b) pouvant avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale;

8. Lorsqu'une commission ou un organisme fédéral ou un organisme de réglementation exerce un pouvoir de réglementation à l'égard d'une proposition, les présentes lignes directrices ne s'appliquent à la commission ou à l'organisme que si aucun obstacle juridique ne l'empêche ou s'il n'en découle pas de chevauchement des responsabilités.

10. (1) Le ministère responsable s'assure que chaque proposition à l'égard de laquelle il exerce le pouvoir de décision est soumise à un examen préalable ou à une évaluation initiale, afin de déterminer la nature et l'étendue des effets néfastes qu'elle peut avoir sur l'environnement.

(2) Les décisions qui font suite à l'examen préalable ou à l'évaluation initiale visés au paragraphe (1) sont prises par le ministère responsable et ne peuvent être déléguées à nul autre organisme.

12. Le ministère responsable examine ou évalue chaque proposition à l'égard de laquelle il exerce le pouvoir de décision, afin de déterminer:

a) si la proposition est d'un type compris dans la liste visée à l'alinéa 11*a*) [c.-à-d., qui ne produirait aucun effet néfaste sur l'environnement], auquel cas elle est réalisée telle que prévue;

b) la proposition est d'un type compris dans la liste visée à l'alinéa 11*b*) [c.-à-d., qui produirait des effets néfastes sur l'environnement], auquel cas elle est soumise au Ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission;

c) si les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont minimes ou peuvent être atténués par l'application de mesures techniques connues, auquel cas la proposition est réalisée telle que prévue ou à l'aide de ces mesures, selon le cas;

d) si les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont inconnus, auquel cas la proposition est soumise à d'autres études suivies d'un autre examen ou évaluation initiale, ou est soumise au Ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission;

e) si, selon les critères établis par le Bureau, de concert avec le ministère responsable, les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont importants, auquel cas la proposition est soumise au Ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission; ou

(*f*) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are unacceptable, in which case the proposal shall either be modified and subsequently rescreened or reassessed or be abandoned.

III. Judgments Below

A. *National Energy Board*, Decision No. EH-3-89, August 1990 (Fredette, Gilmour and Bélanger, members)

The Board wrote lengthy reasons for its decision, which set out in some detail the status of the applicant, Hydro-Québec, the nature of the licences for which Hydro-Québec was applying, and the evidence of the applicant as it related to surplus, price, and fair market access, the three criteria expressly set out in the former provisions of the *National Energy Board Act*. The Board also considered the nature of the export markets, the reliability of the system proposed for implementing the export contracts, and the environmental impact of the exports for which the applications were made.

The Board noted that, were the licences to be granted, sufficient power could be generated to service the contracts by the combined use of the existing facilities of Hydro-Québec as well as those contemplated by its development plan. In other words, the exports did not require the use of facilities other than those existing, or already planned. However, the Board found that some of the facilities contemplated by the development plan for future construction would need to be built earlier than if no power were to be exported. The Board then examined the submissions of the various interveners, along with those of the appellants, as to the advisability of granting the licences.

In its disposition of the application, the Board noted that the amendments to the *National Energy Board Act* had removed the express requirement that the Board satisfy itself that the power to be exported was surplus to reasonably foreseeable Canadian requirements, and that the price to be charged was just and reasonable in the public interest. Nonetheless, there was nothing in the

f) si les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont inacceptables, auquel cas la proposition est soit annulée, soit modifiée et soumise à un nouvel examen ou évaluation initiale.

III. Les juridictions inférieures

A. *L'Office national de l'énergie*, Décision nº EH-3-89, août 1990 (les membres Fredette, Gilmour et Bélanger)

L'Office a longuement étayé sa décision dans laquelle il décrit en détail la situation de la requérante, Hydro-Québec, la nature des licences demandées par celle-ci et son témoignage relativement à l'excédent, au prix et à l'accès équitable au marché, les trois critères expressément mentionnés dans l'ancienne disposition de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*. L'Office a également examiné la nature des marchés d'exportation, la fiabilité du système proposé de mise en œuvre des contrats d'exportation et les incidences environnementales des exportations visées par les demandes de licence.

L'Office a fait remarquer qu'Hydro-Québec pourrait, dans l'éventualité où les licences seraient délivrées, produire suffisamment d'électricité pour satisfaire aux contrats en utilisant à la fois ses installations actuelles et celles envisagées dans son plan de développement. En d'autres mots, les exportations ne nécessitaient que l'utilisation des installations existantes ou déjà prévues. Toutefois, l'Office a conclu que certaines des installations envisagées dans le plan de développement devraient être construites plus tôt que dans le cas où il n'y aurait pas d'exportation d'électricité. L'Office a ensuite examiné les arguments des divers intervenants ainsi que ceux des appelants quant à l'opportunité de la délivrance de licences.

Dans sa décision, l'Office a indiqué que les modifications de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* ont éliminé l'obligation explicite qu'il avait de s'assurer que l'électricité à exporter était excédentaire par rapport aux besoins d'utilisation raisonnablement prévisibles au Canada et que le prix devant être exigé était juste et raisonnable en fonction de l'intérêt public. Néanmoins, la Loi

amended Act which would preclude the Board from taking these factors into account. The Board therefore explicitly considered the issues of cost recovery and whether pricing was competitive to rates charged within Canada. On the issue of cost recovery, the Board concluded (at p. 30):

The Board notes that Hydro-Québec did provide information on the magnitude of the revenues expected to be generated by the proposed export sales and that these would be significant, totalling more than $24 billion. . . . In addition, Hydro-Québec provided some details on the methodology used in carrying out its feasibility study as well as on the economic, financial and other relevant assumptions underlying that analysis. The Board has examined this information and finds that the methodology and assumptions described are reasonable.

The Board was accordingly persuaded that the export price charged would provide for recovery of the applicable costs incurred in Canada.

In evaluating the environmental impact of the application, the Board considered itself bound by both its own Act and by the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467 ("the *EARP Guidelines Order*"). The Board held (at pp. 37-38):

The Board recognizes that when electric utilities negotiate long-term system-to-system firm sales agreements, there can be circumstances in such arrangements that require capacity to come from generating facilities to be built at some future date and for which the necessary detailed environmental assessments have not been completed at the time of the export application. The proposed export contracts now before the Board have been negotiated on this basis. Nonetheless, for the Board to reach its decision on Hydro-Québec's applications, and at the same time meet its obligations under the Act and *EARP Guidelines Order*, it must take into account the environmental impacts arising from the construction of such future facilities.

The Board granted the applications subject to several conditions. In particular, in order to satisfy itself that the electricity to be exported would originate from facilities that had been subjected to the

modifiée n'empêche aucunement l'Office de tenir compte de ces facteurs. L'Office a en conséquence explicitement examiné s'il devait y avoir récupération des coûts et si les prix fixés étaient concurrentiels à ceux exigés au Canada. Sur la question de la récupération des coûts, l'Office a conclu (à la p. 30):

L'Office constate qu'Hydro-Québec a fourni l'information quant à l'importance des revenus qu'elle tirerait des ventes à l'exportation, lesquels seraient de l'ordre de 24 milliards de dollars [. . .]. En outre, Hydro-Québec a fourni les renseignements concernant la méthodologie utilisée pour effectuer les études de rentabilité de même que les différentes hypothèses économiques, financières et autres qui sous-tendent ces études. L'Office a examiné ces renseignements et juge que la méthodologie et les hypothèses utilisées sont raisonnables.

L'Office était en conséquence convaincu que les prix à l'exportation permettraient de récupérer les coûts applicables assumés au Canada.

Dans le cadre de l'évaluation des incidences environnementales de la demande, l'Office s'est estimé lié par sa propre loi habilitante et par le *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467 («*Décret sur le PEEE*»). Il a conclu (aux pp. 37 et 38):

L'Office reconnaît que lorsque des services d'électricité négocient entre eux des contrats garantis à long terme, il peut y avoir des circonstances où de telles ententes impliquent de la puissance devant venir d'installations de production qui seront construites à une date ultérieure et pour lesquelles les évaluations environnementales nécessaires ne sont pas encore complétées au moment où les demandes d'exportation sont déposées. Les contrats visant les projets d'exportation présentement devant l'Office ont été négociés sur cette base. Néanmoins, pour arriver à prendre une décision sur les demandes d'Hydro-Québec et à respecter ses obligations en vertu de la Loi et du *Décret sur le PEEE*, l'Office doit tenir compte des répercussions environnementales résultant de la construction de nouvelles installations.

L'Office a accueilli les demandes sous réserve de plusieurs conditions. En particulier, pour s'assurer que l'électricité devant être exportée proviendrait d'installations ayant fait l'objet des évalua-

appropriate environmental reviews, the Board attached to the licence the following two conditions:

10. This licence remains valid to the extent that

(a) any production facility required by Hydro-Québec to supply the exports authorized herein, for which construction had not yet been authorized pursuant to the evidence presented to the Board at the EH-3-89 hearing that ended on 5 March 1990, will have been subjected, prior to its construction, to the appropriate environmental assessment and review procedures as well as to the applicable environmental standards and guidelines in accordance with federal government laws and regulations.

(b) Hydro-Québec, following any of the environmental assessment and review procedures mentioned in subcondition (a), will have filed with the Board

i) a summary of all environmental impact assessments and reports on the conclusions and recommendations arising from the said assessment and review procedures;

ii) governmental authorizations received; and

iii) a statement of the measures that Hydro-Québec intends to take to minimize the negative environmental impacts.

11. The generation of thermal energy to be exported hereunder shall not contravene relevant federal environmental standards or guidelines.

tions environnementales appropriées, il a assujetti la licence aux deux conditions suivantes:

10. La présente licence ne demeure valide que dans la mesure où

a) toute installation de production requise par Hydro-Québec pour alimenter les exportations autorisées par la présente et dont la construction n'était pas encore autorisée conformément à la preuve faite devant l'Office lors de l'audience EH-3-89 terminée le 5 mars 1990, aura été soumise, préalablement à sa construction, aux évaluations et examens en matière d'environnement ainsi qu'aux normes environnementales applicables en vertu des lois et règlements du gouvernement fédéral.

b) Hydro-Québec, suite à tout processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, mentionné à la sous-modalité a), aura déposé auprès de l'Office

i) un sommaire de toutes les évaluations environnementales et de tous les rapports faisant état des conclusions et des recommandations de ces études et rapports;

ii) les autorisations gouvernementales reçues; et

iii) un énoncé des mesures qu'Hydro-Québec entend prendre pour atténuer les impacts environnementaux défavorables.

11. La production de l'énergie thermique qui sera exportée en vertu de la présente ne doit pas contrevenir aux normes ni aux lignes directrices fédérales pertinentes en matière d'environnement.

B. *Federal Court of Appeal*, [1991] 3 F.C. 443 (Pratte, Marceau and Desjardins JJ.A.)

Writing for the Federal Court of Appeal, Marceau J.A. dealt first with the validity of conditions 10 and 11 to the licence. He noted that the Board had imposed those conditions so as to meet its perceived mandate under the *EARP Guidelines Order*. In his view, this raised the questions of the application of this Order to the Board, and to Hydro-Québec as an agent of the Crown in right of the Province, as well as the question of the constitutional validity of the Order itself.

B. *La Cour d'appel fédérale*, [1991] 3 C.F. 443 (les juges Pratte, Marceau et Desjardins)

S'exprimant au nom de la Cour d'appel fédérale, le juge Marceau a tout d'abord examiné la validité des conditions 10 et 11 de la licence. Il a fait remarquer que l'Office avait imposé ces conditions parce qu'il s'est estimé lié par le *Décret sur le PEEE*. À son avis, ceci a soulevé les questions de l'application de ce Décret à l'Office et à Hydro-Québec en tant que mandataire de la Couronne du chef de la province ainsi que la question de la validité constitutionnelle du Décret même.

However, Marceau J.A. held that he did not have to deal with these concerns, since it was clear that, in this case, the imposition by the Board of the conditions to the licence emanated from its concerns as to the potential effects of the eventual construction of the production facilities planned to meet the increased demand for electrical power. Marceau J.A. held that the Board had no jurisdiction to make the granting of a licence to export certain goods subject to conditions which pertained to their production. He stated (at pp. 450-51):

The factors which may be relevant in considering an application for leave to export electricity and the conditions which the Board may place on its leave clearly cannot relate to anything but the export of electricity. Section 2 of the Act defines what is meant by export (in French "*exportation*") in the case of electricity:

2. . .

"export" means, with reference to

(a) power, to send from Canada by a line of wire or other conductor power produced in Canada. . .

It seems clear that, as it is understood in the Act with respect to electricity, export does not cover production itself, and it is only reasonable that this should be so. Of course, anyone wishing to export a good must produce it or arrange for it to be produced elsewhere, but when he produces it or arranges for its production elsewhere he is not exporting it, and when he is exporting it he is not producing it.

I do not think anyone would dispute for a moment that in considering an application for leave to export electricity, the Board must be concerned about the environmental consequences, since the public interest is involved. . . . However, the only question can be as to the environmental consequences of the export, namely the consequences for the environment of "[sending] from Canada . . . power produced in Canada".

Marceau J.A. held that the Board had therefore exceeded its jurisdiction in affixing to the licence conditions 10 and 11. That did not mean, however, that the entire decision was vitiated. Marceau J.A.

Toutefois, le juge Marceau a conclu qu'il n'avait pas à examiner ces questions puisque, de toute évidence, l'Office avait assujetti la licence à des conditions parce qu'il était préoccupé des effets possibles de l'éventuelle construction d'installations de production prévues pour répondre à la demande accrue d'électricité. Le juge Marceau a conclu que l'Office n'avait pas compétence pour assujettir la délivrance d'une licence d'exportation de certains biens à des conditions relatives à la production de ces biens. Il a affirmé, aux pp. 450 et 451:

Les facteurs qui peuvent être pertinents dans l'examen d'une demande d'autorisation d'exporter de l'électricité et les conditions auxquelles l'Office peut assujettir son autorisation ne peuvent évidemment se rapporter à autre chose qu'à l'exportation de l'électricité. Or, l'article 2 de la Loi définit ce qu'il faut entendre par exportation (en anglais «*export*») dans le cas d'électricité:

2. . .

«exportation»

a) Dans le cas de l'électricité, le fait de transporter de l'électricité produite au Canada à l'extérieur du pays par une ligne de fil métallique ou un autre conducteur. . .

Il me paraît clair que l'exportation, telle que l'entend la Loi dans le cas de l'électricité, ne couvre pas la production elle-même, et ce n'est que rationnel qu'il en soit ainsi. Bien sûr, celui qui veut exporter un bien doit le produire ou se le procurer ailleurs, mais quand il le produit ou se le procure ailleurs il ne l'exporte pas, et quand il l'exporte il ne le produit pas.

Personne, je pense, ne songerait un moment à contester qu'en considérant une demande d'autorisation d'exporter de l'électricité, l'Office soit tenu de s'inquiéter des conséquences environnementales, puisqu'il y va de l'intérêt public. [. . .] Mais ce sont les conséquences environnementales de l'exportation dont il peut uniquement s'agir, soit les conséquences sur l'environnement du «fait de transporter de l'électricité produite au Canada à l'extérieur du pays».

Le juge Marceau a statué que l'Office avait en conséquence clairement excédé sa compétence en imposant les conditions 10 et 11. Toutefois, cela ne voulait pas dire pour autant que l'ensemble de la

found the two sections to be severable from the remainder of the licence.

Marceau J.A. then considered the contention of the appellants that the Board erred in its decision to grant the licences. The appellants argued that the Board erred in taking into account the amendments to the *National Energy Board Act* which came into force while its decision was reserved. In the version of the Act in force at the time of the application, and at the time of the subsequent hearing, applicants for licences were required to satisfy the Board that the export price charged would recover the appropriate share of the costs incurred in Canada. This condition was deleted from the version of the Act in force at the time that the decision was rendered. The appellants argued that, in following the new provisions, the Board applied the requirement of cost recovery incorrectly.

Marceau J.A. noted that the new Act was designed to deregulate and simplify the licence application process. The express requirement of cost recovery had been deleted. The new provisions simply required the Board to take into consideration all factors which appeared to it to be relevant. Marceau J.A. held that the Board was correct in considering itself bound by the new provisions of the Act. Nonetheless, he found that, even if he was incorrect in so concluding, the argument of the appellants did not lead anywhere. The Board chose, despite the amendments, to analyze the application in light of the former price criteria.

The appellants argued in the alternative that, if the Board did consider the issue of cost recovery, it could not have concluded that this requirement was met, since there was no direct evidence before the Board on this point. Marceau J.A. agreed that the evidence on this point was not direct in all respects. In particular, the financial data relating to proposed production facilities was reviewed by an accountant, who then testified as to its veracity. He held, however, that nothing required the Board to decide this point on direct evidence. There was

décision était viciée. Il a conclu que les deux conditions pouvaient être retranchées du reste de la licence.

Le juge Marceau a ensuite examiné l'argument des appelants selon lequel l'Office aurait commis une erreur en délivrant les licences. Les appelants ont soutenu que l'Office a commis une erreur en tenant compte des modifications apportées à la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, entrées en vigueur au cours de la prise en délibéré. Dans la version de la Loi en vigueur à l'époque de la demande, et au moment de l'audition subséquente, les demandeurs de licences devaient convaincre l'Office que le prix à l'exportation allait permettre de récupérer une bonne proportion des coûts assumés au Canada. Cette condition a été retranchée dans la version de la Loi en vigueur à l'époque de la décision. Les appelants ont soutenu que l'Office, en appliquant la nouvelle disposition, a incorrectement appliqué l'exigence en matière de récupération des coûts.

Le juge Marceau a précisé que la nouvelle Loi visait la déréglementation et la simplification du processus de demande de licences. On y a supprimé l'exigence explicite de récupération des coûts. Les nouvelles dispositions exigent simplement que l'Office tienne compte de tous les facteurs qui lui semblent pertinents. Le juge Marceau a affirmé que l'Office avait eu raison de se considérer lié par les nouvelles dispositions. Néanmoins, il a ajouté que, même s'il avait tort de tirer cette conclusion, l'argument des appelants ne pourrait conduire nulle part. L'Office a choisi, malgré les modifications, d'analyser la demande par rapport aux anciens critères relatifs au prix.

Subsidiairement, les appelants ont soutenu que l'Office, même s'il avait examiné la question de la récupération des coûts, ne pouvait conclure que cette exigence avait été respectée parce qu'il n'avait de cela aucune preuve directe devant lui. Le juge Marceau a reconnu que la preuve n'était pas directe en tous points. Tout particulièrement, les données financières sur les installations de production proposées ont été examinées par un comptable qui a ensuite témoigné de leur exactitude. Cependant, le juge Marceau a conclu que rien

persuasive indirect evidence before it. To reevaluate the weight of this evidence was not a task for the courts, since appeals from decisions of the Board were limited by s. 22 of the *National Energy Board Act* to questions of law or jurisdiction.

IV. Issues on Appeal

Although the parties to this appeal have made numerous specific allegations of error on the part of the Board and of the Court of Appeal, discussed individually below, the issues in this appeal can be reduced to the following three questions:

1. Did the Federal Court of Appeal err in holding that the National Energy Board acted within its jurisdiction in granting the export licences to the respondent Hydro-Québec?
2. Did the Federal Court of Appeal err in holding that the National Energy Board erred in the exercise of its jurisdiction in its imposition of conditions 10 and 11 of the licences?
3. If the Federal Court of Appeal was not in error with respect to these two findings, did it nonetheless err in holding that conditions 10 and 11 were severable from the rest of the licences?

V. Analysis

The appellants challenge on a number of grounds the validity of the decision of the Board to grant the export licences. First, the appellants argue that the Board did not properly conduct the required social cost-benefit review. Second, they argue that the failure of the Board to require that Hydro-Québec disclose in full the assumptions and methodologies on which its cost-benefit review was based breached the requirements of procedural fairness by depriving the appellants of the opportunity for full participation in the review process. Third, the appellants argue that the Board owed them a fiduciary duty in the exercise of its decision-making power.

n'oblige l'Office à se fonder sur une preuve directe pour prendre une décision sur cette question. L'Office avait devant lui des éléments de preuve indirects convaincants. Il ne relevait pas des tribunaux de réévaluer le poids de cette preuve puisqu'un appel interjeté en vertu de l'art. 22 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* ne peut porter que sur des questions de droit et de compétence.

IV. Les questions en litige

Bien que les parties en l'espèce aient spécifiquement soulevé de nombreuses erreurs que l'Office et la Cour d'appel auraient commises, qui seront examinées séparément plus loin, trois questions se dégagent du présent pourvoi:

1. La Cour d'appel fédérale a-t-elle commis une erreur en statuant que l'Office national de l'énergie a agi dans les limites de sa compétence en délivrant les licences d'exportation à l'intimée Hydro-Québec?
2. La Cour d'appel fédérale a-t-elle commis une erreur en statuant que l'Office national de l'énergie a commis une erreur dans l'exercice de sa compétence en imposant les conditions 10 et 11 des licences?
3. Si la Cour d'appel fédérale n'a pas commis d'erreur relativement à ces deux conclusions, en a-t-elle néanmoins commis une en statuant que les conditions 10 et 11 pouvaient être retranchées du reste des licences?

V. Analyse

Les appelants contestent pour un certain nombre de motifs la décision de l'Office de délivrer les licences d'exportation. Premièrement, l'Office n'aurait pas correctement procédé à l'analyse de rentabilité sociale nécessaire. Deuxièmement, en n'exigeant pas qu'Hydro-Québec divulgue en totalité les hypothèses et la méthodologie à la base de l'analyse de rentabilité, l'Office aurait contrevenu aux exigences en matière d'équité procédurale en privant les appelants de la possibilité de participer pleinement au processus d'examen. Troisièmement, l'Office aurait, envers eux, dans l'exercice de son pouvoir décisionnel, une obligation fidu-

sion-making power, and that the requirements of this duty were not fulfilled. Fourth, the appellants assert that the decision of the Board affects their aboriginal rights, and that the Board is therefore required to meet the justification test set out by this Court in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. Finally, the appellants submit that the Board failed to follow the requirements of its own Act and of the *EARP Guidelines Order* in conducting its environmental impact assessment. I will consider each of these arguments in turn.

A. *Social Cost-Benefit Review*

The appellants argue that the Board was required to carry out a social cost-benefit review which would consider all direct and indirect costs, including economic and social costs, arising from the exports for which the licences were sought. The appellants claim that, in relying on solely the indirect evidence of Hydro-Québec and the fact that the proposal had been approved by the government of Quebec, the Board failed to carry out this review properly. The duty to carry out such a review is ostensibly found in the *National Energy Board Part VI Regulations*, s. 6(2)(z)(i), which states:

> 6. (1) Every applicant for a licence for the exportation of power shall furnish to the Board such information as the Board may require.
>
> (2) Without restricting the generality of subsection (1), the information required to be furnished by any applicant described in subsection (1) shall, unless otherwise authorized by the Board, include
>
> . . .
>
> (z) evidence to demonstrate that the price to be charged by the applicant for electric power and energy exported by him is just and reasonable in relation to the public interest, and in particular that the export price
>
> (i) would recover its appropriate share of the costs incurred in Canada,

It appears that both the *Canadian Electricity Policy*, September 1988, and the Board's own internal report, entitled *The Regulation of Electricity Exports*, June 1987, interpret this requirement

ciaire et n'y aurait pas satisfait. Quatrièmement, la décision de l'Office toucherait leurs droits ancestraux et l'Office serait de ce fait tenu de satisfaire au critère de justification formulé par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Enfin, l'Office aurait omis de respecter les exigences de sa loi habilitante et du *Décret sur le PEEE* lorsqu'il a procédé à l'évaluation environnementale. J'examinerai maintenant chacun de ces arguments séparément.

A. *L'analyse de rentabilité sociale*

Les appelants soutiennent que l'Office était tenu de procéder à une analyse de rentabilité sociale devant tenir compte de tous les coûts directs et indirects (y compris des coûts économiques et sociaux) des exportations visées par les demandes de licences. À leur avis, en se fondant seulement sur les éléments de preuve indirects présentés par Hydro-Québec et sur l'approbation de la proposition par le gouvernement du Québec, l'Office n'aurait pas correctement procédé à cette analyse. L'obligation de procéder à une telle analyse ressort clairement du sous-al. 6(2)z)(i) du *Règlement sur l'Office national de l'énergie* (*Partie VI*):

> 6. (1) Tout requérant d'une licence pour l'exportation de force motrice doit fournir à l'Office les renseignements exigés par ce dernier.
>
> (2) Sans restreindre la portée générale du paragraphe (1), les renseignements que tout requérant décrit au paragraphe (1) est tenu de fournir doivent, sauf autorisation contraire de l'Office, comprendre
>
> . . .
>
> z) une preuve démontrant que le prix que doit exiger le requérant pour la puissance et l'énergie électriques destinées par lui à l'exportation est juste et raisonnable par rapport à l'intérêt public et, en particulier, que le prix d'exportation
>
> (i) permettra la récupération d'une bonne proportion des coûts assumés au Canada,

D'après *La Politique canadienne de l'électricité*, septembre 1988, et le rapport interne de l'Office intitulé: *Réglementation fédérale des exportations d'électricité*, paru en juin 1987, l'exigence en

to mean that all direct and indirect costs, including environmental, land use, and economic costs ("social costs"), should be considered. However, I need express no opinion on the correctness of these interpretations or on whether the requirement in the regulations that the applicant for a licence furnish such evidence also means that the Board is required to consider it, especially in light of s. 119.08(2) of the Act, which gives the Board the discretion to determine which considerations are relevant to its decision, and of the terms of s. 6(2) itself, which gives the Board the authority to dispense with proof of any of the items specifically enumerated thereafter. In this case, it is clear that the Board considered that evidence of the nature and recoverability of such costs was relevant to its decision (reasons of the Board, at p. 29).

While the respondents are correct in asserting that the principle of curial deference applies to the weighing of the evidence by the Board in the exercise of its discretion, this principle cannot be invoked to save a decision for which there is no foundation in the evidence or that is based on irrelevant considerations. Once the Board decides that a particular factor is relevant to its decision, there must be some evidence to support the conclusion reached relating to it. The Board must not act unreasonably in evaluating the evidence it requests to make its decision: *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722.

However, in this appeal, it cannot be said that the Board was without evidence on which it could reasonably have concluded that the consideration of cost recoverability was satisfied. The Board, in its decision, summarized the evidence given by Hydro-Québec on this point as follows (at p. 13):

Hydro-Québec did not supply the Board with copies of the cost-benefit analyses for the advancement of facilities required to meet its obligations under the two contracts. Nevertheless it did provide information on the methodology, assumptions and the revenues used in the

question signifierait qu'il y a lieu de tenir compte de tous les coûts directs et indirects, y compris les coûts environnementaux, l'utilisation des terres et les coûts économiques (les «coûts sociaux»). Cependant, je n'ai pas à déterminer si cette interprétation est correcte ou si l'exigence réglementaire imposée au demandeur de fournir ce genre de preuve signifie aussi que l'Office doit en tenir compte, particulièrement en raison du par. 119.08(2) de la Loi, qui lui donne le pouvoir discrétionnaire de déterminer quels facteurs sont pertinents relativement à sa décision et du libellé même du par. 6(2), qui lui donne le pouvoir de ne pas exiger la preuve des éléments qui y sont ensuite énumérés. En l'espèce, il est clair que l'Office a jugé que la preuve de la nature et de la récupération possible des coûts était pertinente relativement à sa décision (motifs de l'Office, à la p. 29).

Bien que les intimés aient raison de soutenir qu'il y a lieu de faire preuve de retenue judiciaire à l'égard de l'appréciation de la preuve faite par l'Office dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, ce principe ne peut être invoqué pour valider une décision non fondée sur la preuve ou fondée sur des facteurs non pertinents. Lorsque l'Office décide qu'un facteur particulier est pertinent pour les fins de sa décision, il doit exister certains éléments de preuve qui appuient la conclusion sur ce point. L'Office ne doit pas agir de façon déraisonnable dans l'examen des éléments de preuve qu'il demande pour rendre sa décision: *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722.

Cependant, en l'espèce, on peut affirmer que l'Office disposait d'éléments de preuve lui permettant de raisonnablement conclure que le facteur de la récupération des coûts avait été respecté. Dans sa décision, l'Office a résumé ainsi les éléments de preuve présentés par Hydro-Québec sur ce point (à la p. 13):

Hydro-Québec n'a pas remis à l'Office une copie des analyses des coûts de devancement des installations nécessaires pour remplir les obligations des deux contrats. Néanmoins, elle a fourni les renseignements concernant la méthodologie, les hypothèses et les revenus

private and social cost-benefit analyses. It also underlined that the costs and benefits associated with the environmental impacts of the advancement of production facilities had been considered, including the funds necessary to compensate, if required, the economic losses resulting from impacts on forests, trapping regions or even agricultural lands.

The Applicant provided additional proof to demonstrate that the export price would allow recovery of the appropriate costs in Canada while maintaining the confidentiality of certain of its financial information. To that end, Hydro-Québec hired a chartered accountant whose mandate was to undertake verification of the accuracy of the assessment. . . .

The accountant testified before the Board and was cross-examined by the appellants.

It is, of course, insufficient for Hydro-Québec to ask the Board simply to accept a bare assertion that all costs will be recovered. However, that is not what happened in this case. Hydro-Québec provided evidence on which the Board could reasonably conclude that the requirement in s. 6(2)(*z*)(i) was met. This is evident from the conclusions of the Board, which state (at pp. 30-31):

The Board notes that Hydro-Québec did provide information on the magnitude of the revenues expected to be generated by the proposed export sales and that these would be significant, totalling more than $24 billion. . . . In addition, Hydro-Québec provided some details on the methodology used in carrying out its feasibility study as well as on the economic, financial and other relevant assumptions underlying that analysis. The Board has examined this information and finds that the methodology and assumptions described are reasonable. . . .The fact that the provincial government has concurred with Hydro-Québec by approving the export contracts. . . suggests to the Board that the exports are projected to yield net benefits to Québec.

Interveners raised concerns with regard to potential adverse environmental impacts outside of Québec but any specific costs that might be associated with such impacts were not identified. There were no other identified costs. . . .

Finally, the Board is convinced that the parties to these contracts have negotiated at arm's length and under free

utilisés pour effectuer les études de rentabilité privée et sociale. Elle a aussi souligné que les coûts et bénéfices des impacts environnementaux associés au devancement des équipements de production ont été considérés, y compris les montants nécessaires pour indemniser, s'il y a lieu, ceux qui subiront des pertes économiques associées à la modification des forêts, des zones de trappage ou encore des terres agricoles.

Le demandeur a fourni une preuve additionnelle visant à démontrer que les prix à l'exportation permettraient la récupération de la proportion adéquate des coûts assumés au Canada, tout en respectant le caractère confidentiel de certaines données financières. À cette fin, Hydro-Québec a confié à un comptable agréé le mandat de faire une vérification comptable. . .

Le comptable a témoigné devant l'Office et a été contre-interrogé par les appelants.

Il ne suffit pas, bien entendu, qu'Hydro-Québec demande simplement à l'Office d'accepter une simple affirmation qu'il y aura récupération de tous les coûts. Cependant, ce n'est pas ce qui s'est passé en l'espèce. Hydro-Québec a fourni des éléments de preuve à partir desquels l'Office pouvait raisonnablement conclure que l'exigence visée au sous-al. 6(2)*z*)(i) était satisfaite. Cela ressort des conclusions de l'Office (aux pp. 30 et 31):

L'Office constate qu'Hydro-Québec a fourni l'information quant à l'importance des revenus qu'elle tirerait des ventes à l'exportation, lesquels seraient de l'ordre de 24 milliards de dollars [. . .]. En outre, Hydro-Québec a fourni les renseignements concernant la méthodologie utilisée pour effectuer les études de rentabilité de même que les différentes hypothèses économiques, financières et autres qui sous-tendent ces études. L'Office a examiné ces renseignements et juge que la méthodologie et les hypothèses utilisées sont raisonnables. [. . .] Le fait que le gouvernement provincial a donné son accord à Hydro-Québec [. . .] indique à l'Office qu'il est prévu que les projets d'exportation vont se traduire en un bénéfice net pour le Québec.

Les intervenants ont fait part de leur inquiétude concernant les effets négatifs que ces projets pourraient avoir sur l'environnement hors du Québec, sans toutefois y associer des coûts spécifiques. Quant aux coûts des autres effets négatifs possibles [. . .], cette question n'a pas été soulevée. [. . .]

Finalement, l'Office est convaincu qu'il s'agit de contrats négociés entre deux parties indépendantes dans un

market conditions. The Board thus has no reason to believe that there would not be net benefits accruing from the proposed exports.

The interveners argued that the final sentence in this passage shows that the Board made its decision in the absence of positive evidence on cost recovery. When the sentence is read in context, however, it indicates rather that the Board was satisfied on the evidence before it that the relevant costs would be recovered. The Board cannot simply rely on the conclusions of the respondent as to cost recovery without evaluating their validity, but that does not appear to have been the situation here. Moreover, a prohibition on the reliance on the unsubstantiated affirmations of the applicant should not be transformed into a duty on the Board to conduct its own independent analysis where such an undertaking is unnecessary.

The Board did consider relevant to the issue of cost recovery, in addition to the evidence presented by Hydro-Québec, the fact that the export contracts had received the approval of the province. Evidence of such approval is expressly referred to in s. 6(2)(*y*) of the *Part VI Regulations* as a factor which the Board may wish to consider. The appellants contend, however, that this approval is irrelevant to the s. 6(2)(z)(i) cost-benefit analysis, as the orders-in-council pursuant to the *Hydro-Québec Act*, R.S.Q., c. H-5, under which provincial approval was given, require only that the contracts be consistent with sound financial management, not that they be in the public interest. Section 24 of the *Hydro-Québec Act* requires Hydro-Québec to maintain the rates charged for power at a sufficient level to defray operating expenditures and interest on its debt. In my view, sound financial management of a public utility is part of the public interest. While such a factor is obviously only one of the many relevant considerations in such a determination, it cannot be said that evidence of governmental approval is wholly irrelevant in the context of cost recovery, such that the Board committed a jurisdictional error in considering it.

marché de libre concurrence. Par conséquent, l'Office n'a pas lieu de croire que ces projets d'exportations ne rapporteraient pas de bénéfices nets.

D'après les intervenants, la dernière phrase de ce passage laisse entendre que l'Office a pris sa décision sans aucune preuve positive de la récupération des coûts. Toutefois, lorsqu'on la lit dans son contexte, cette phrase indique plutôt que l'Office était convaincu, à partir de la preuve, qu'il y aurait récupération des coûts pertinents. L'Office ne peut pas simplement se fier aux conclusions de l'intimé quant à la récupération des coûts sans en évaluer la validité, mais ce ne semble pas être ce qui s'est produit en l'espèce. En outre, l'interdiction de se fier à des affirmations non corroborées du demandeur ne devrait pas devenir pour l'Office une obligation de procéder à sa propre analyse dans les cas où cela n'est pas nécessaire.

Outre les éléments de preuve présentés par Hydro-Québec, l'Office a considéré comme pertinent, relativement à la question de la récupération des coûts, le fait que la province avait autorisé les contrats d'exportation. La preuve d'une telle autorisation est explicitement mentionnée à l'al. 6(2)*y*) du *Règlement (Partie VI)* comme facteur dont l'Office peut tenir compte. Toutefois, les appelants soutiennent que cette autorisation n'a aucun rapport avec l'analyse de rentabilité visée au sous-al. 6(2)*z*)(i), puisque les décrets pris conformément à la *Loi sur l'Hydro-Québec*, L.R.Q., ch. H-5, en vertu desquels l'autorisation de la province a été donnée, exigent seulement que les contrats soient compatibles avec les bonnes pratiques de gestion financière, et non qu'ils soient dans l'intérêt public. L'article 24 de la *Loi sur l'Hydro-Québec* exige qu'Hydro-Québec maintienne ses taux d'énergie à un niveau suffisant pour couvrir les frais d'exploitation et l'intérêt du capital engagé. À mon avis, les bonnes pratiques de gestion financière d'une entreprise de service public font partie de l'intérêt public. Bien que la preuve d'une autorisation gouvernementale constitue un facteur parmi tant d'autres à considérer, on ne peut affirmer que cette preuve n'a aucun rapport avec la récupération des coûts et que l'Office, en l'examinant, a commis une erreur dans l'exercice de sa compétence.

I also reject the appellants' argument that the mere fact that all contracts in Quebec require such approval renders consideration of this factor by the Board an improper delegation of its decision-making power. The Board must, of course, make its own decision as to whether the cost-benefit requirement is satisfied. It cannot delegate that responsibility to the Government of Quebec or to any other body. In this case, for such a delegation to have occurred, the Board would have had to treat the mere existence of government approval as sufficient in and of itself to satisfy the cost-benefit requirement, without any independent consideration of the issue. But that was not the case here. Therefore, it cannot be said that there was any jurisdictional error committed by the Board in this aspect of its decision.

Je rejette également l'argument des appelants que le simple fait que tous les contrats en la matière doivent être ainsi autorisés au Québec a pour effet que l'examen de ce facteur par l'Office devient une délégation incorrecte de son pouvoir décisionnel. Il va sans dire que l'Office doit prendre sa propre décision quant à savoir si l'on a satisfait à l'exigence relative à l'analyse de rentabilité. Il ne peut déléguer cette responsabilité au gouvernement du Québec ni à aucun autre organisme. Pour qu'il y ait eu une telle délégation en l'espèce, il aurait fallu que l'Office considère que la simple existence d'une autorisation gouvernementale suffit en soi pour satisfaire à l'exigence de l'analyse de rentabilité, sans examen distinct de la question. Toutefois, tel n'a pas été le cas en l'espèce. En conséquence, on ne peut soutenir que l'Office a commis une erreur dans l'exercice de sa compétence relativement à cet aspect de sa décision.

B. *Opportunity for Fair Participation in the Review Process*

Given my conclusions on the nature and scope of the cost-benefit review undertaken by the Board, the appellants' arguments relating to procedural fairness can be dispensed with rather simply. The appellants argue that the Board breached the requirements of procedural fairness in failing to require disclosure to the appellants by Hydro-Québec of all information pertinent to the issue of cost recovery. In particular, they point to the failure of the Board to require Hydro-Québec to reveal in full the assumptions and methodologies on which its cost-benefit analysis was based.

In general, included in the requirements of procedural fairness is the right to disclosure by the administrative decision-maker of sufficient information to permit meaningful participation in the hearing process: *In re Canadian Radio-Television Commission and in re London Cable TV Ltd.*, [1976] 2 F.C. 621 (C.A.), at pp. 624-25. The extent of the disclosure required to meet the dictates of natural justice will vary with the facts of the case, and in particular with the type of decision to be

B. *La possibilité de participer de façon équitable au processus d'examen*

Vu mes conclusions sur la nature et l'étendue de l'analyse de rentabilité effectuée par l'Office, les arguments des appelants relatifs à l'équité procédurale peuvent être écartés de façon plutôt succincte. À leur avis, l'Office aurait contrevenu aux exigences en matière d'équité procédurale en n'exigeant pas d'Hydro-Québec qu'elle divulgue aux appelants tous les renseignements se rapportant à la question de la récupération des coûts. Ils font tout particulièrement ressortir que l'Office n'a pas exigé d'Hydro-Québec qu'elle révèle de façon exhaustive les hypothèses et la méthodologie à la base de l'analyse de rentabilité.

En général, les exigences en matière d'équité procédurale comportent le droit de l'intéressé à la divulgation par le décideur administratif de suffisamment de renseignements pour lui permettre de véritablement participer au processus d'audition: voir *In re le Conseil de la Radio-Télévision canadienne et in re la London Cable TV Ltd.*, [1976] 2 C.F. 621 (C.A.), aux pp. 624 et 625. L'étendue de la divulgation requise pour satisfaire aux règles de justice naturelle variera en fonction des faits, plus

made, and the nature of the hearing to which the affected parties are entitled.

The issue in this case, then, is not the sufficiency of the disclosure made by Hydro-Québec. That relates to the question, discussed above, of whether there was evidence before the decision-maker on which it could reasonably have reached the decision which it did: *Parke, Davis & Co. v. Fine Chemicals of Canada Ltd.*, [1959] S.C.R. 219, at p. 223, *per* Rand J. Rather, the issue is whether the Board provided to the appellants disclosure sufficient for their meaningful participation in the hearing, such that they were treated fairly in all the circumstances: *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, at pp. 630-31; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at p. 654; *Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer*, [1992] 3 S.C.R. 165, at p. 226, *per* McLachlin J. (dissenting on another ground).

In carrying out its decision-making function, the Board has the discretion to determine what evidence is relevant to its decision. It has not been shown that, in this case, the discretion was improperly exercised so as to result in inadequate disclosure to the appellants. As noted above, the Board had sufficient evidence before it to make a valid finding that all costs would be recovered. The appellants were given access to all the material that was before the Board. The Board specifically found that the appellants themselves presented no evidence of added social costs, and did not call into question the veracity of Hydro-Québec's report. Therefore, it cannot be said that, on this basis, the Board erred in its decision to grant the licences.

C. *Fiduciary Duty*

The appellants claim that, by virtue of their status as aboriginal peoples, the Board owes them a fiduciary duty extending to the decision-making

particulièrement du type de décision à prendre et de la nature de l'audition à laquelle ont droit les parties concernées.

La question en litige n'est pas de savoir si les faits divulgués par Hydro-Québec étaient suffisants. Cette question se rattache en fait à celle de savoir, comme nous l'avons déjà analysé, si le décideur avait devant lui des éléments de preuve à partir desquels il pouvait raisonnablement prendre la décision qu'il a prise: *Parke, Davis & Co. c. Fine Chemicals of Canada Ltd.*, [1959] R.C.S. 219, à la p. 223, le juge Rand. La question est plutôt de savoir si l'Office a fait aux appelants une divulgation suffisante pour leur permettre de véritablement participer à l'audition, leur accordant ainsi un traitement équitable dans toutes les circonstances: *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, aux pp. 630 et 631; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, à la p. 654; *Lakeside Colony of Hutterian Brethren c. Hofer*, [1992] 3 R.C.S. 165, à la p. 226, le juge McLachlin (dissidente pour un autre motif).

Dans l'exercice de sa fonction décisionnelle, l'Office a le pouvoir discrétionnaire de déterminer la preuve qui est pertinente relativement à sa décision. On n'a pas démontré en l'espèce que ce pouvoir a été exercé illégitimement de façon à entraîner une divulgation insuffisante aux appelants. Comme je l'ai déjà signalé, l'Office disposait d'une preuve suffisante pour conclure validement qu'il y aurait récupération de tous les coûts. Les appelants ont eu accès à tous les documents déposés devant l'Office. Ce dernier a tout particulièrement fait remarquer que les appelants n'avaient pas présenté de preuve de l'existence de coûts sociaux additionnels et qu'ils n'ont pas mis en doute la véracité du rapport d'Hydro-Québec. En conséquence, on ne peut affirmer pour ce motif que l'Office a commis une erreur dans sa décision de délivrer les licences.

C. *L'obligation fiduciaire*

Les appelants soutiennent que l'Office a à leur égard, compte tenu de leur statut d'autochtones, une obligation fiduciaire dont il devrait tenir

process used in considering applications for export licences. The appellants' argument is that the fiduciary duty owed to aboriginal peoples by the Crown, as recognized by this Court in *R. v. Sparrow*, *supra*, extends to the Board, as an agent of government and creation of Parliament, in the exercise of its delegated powers. The duty applies whenever the decision made pursuant to a federal regulatory process is likely to affect aboriginal rights.

The appellants characterize the scope of this duty as twofold. They argue that it includes the duty to ensure the full and fair participation of the appellants in the hearing process, as well as the duty to take into account their best interests when making decisions. The appellants argue that such an obligation imports with it rights that go beyond those created by the dictates of natural justice, and that in this case, at a minimum, the Board should have required disclosure to the appellants of all information necessary to the making of their case against the applications. The respondents to this appeal, on the other hand, dispute both the existence of a duty, and, if it does exist, that the Board failed to meet it.

It is now well settled that there is a fiduciary relationship between the federal Crown and the aboriginal peoples of Canada: *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335. Nonetheless, it must be remembered that not every aspect of the relationship between fiduciary and beneficiary takes the form of a fiduciary obligation: *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574. The nature of the relationship between the parties defines the scope, and the limits, of the duties that will be imposed. The courts must be careful not to compromise the independence of quasi-judicial tribunals and decision-making agencies by imposing upon them fiduciary obligations which require that their decisions be made in accordance with a fiduciary duty.

Counsel for the appellants conceded in oral argument that it could not be said that such a duty should apply to the courts, as a creation of govern-

compte dans l'examen des demandes de licences d'exportation. Selon les appelants, l'obligation fiduciaire de l'État envers les peuples autochtones, comme notre Cour l'a reconnu dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, précité, existe aussi pour l'Office, à titre de mandataire du gouvernement et de création du législateur, dans l'exercice des pouvoirs qui lui ont été délégués. Cette obligation existe chaque fois qu'une décision prise conformément à un processus de réglementation fédérale est susceptible de toucher les droits ancestraux des peuples autochtones.

Les appelants soutiennent qu'il s'agit d'une double obligation: celle d'assurer une participation complète et équitable des appelants à l'audience et celle de tenir compte, dans le cadre du processus décisionnel, de ce qui est dans l'intérêt des appelants. Les appelants affirment que cette obligation comporte des droits qui outrepassent ceux créés par les règles de justice naturelle et que l'Office aurait dû, tout au moins, exiger que soient divulgués aux appelants tous les renseignements nécessaires à l'établissement de leur défense. Par contre, les intimés contestent que cette obligation existe et soutiennent, advenant qu'elle existe, que l'Office ne s'en est pas acquitté.

Il est maintenant bien établi qu'il existe des rapports fiduciaires entre l'État fédéral et les peuples autochtones du Canada: voir l'arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335. Néanmoins, il faut se rappeler qu'il n'y a pas une obligation fiduciaire pour chaque aspect des rapports entre fiduciaire et bénéficiaire: voir l'arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574. La nature des rapports entre les parties définit l'étendue, voire les limites, des obligations imposées. Les cours de justice doivent veiller à ne pas porter atteinte à l'indépendance des tribunaux quasi judiciaires et des organismes décisionnels en leur imposant des obligations fiduciaires exigeant d'eux qu'ils prennent des décisions comme s'ils avaient une obligation fiduciaire.

Lors des plaidoiries, les avocats des appelants ont reconnu que l'on ne pouvait soutenir que les cours de justice, en tant que création du gouverne-

ment, in the exercise of their judicial function. In my view, the considerations which apply in evaluating whether such an obligation is impressed on the process by which the Board decides whether to grant a licence for export differ little from those applying to the courts. The function of the Board in this regard is quasi-judicial: *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 385. While this characterization may not carry with it all the procedural and other requirements identical to those applicable to a court, it is inherently inconsistent with the imposition of a relationship of utmost good faith between the Board and a party appearing before it.

It is for this reason that I do not find helpful the authorities cited to me by the appellants as indicative of this evolving trend: *Gitludahl v. Minister of Forests*, B.C.S.C., August 13, 1992, Vancouver A922935, unreported, and *Dick v. The Queen*, F.C.T.D., June 3, 1992, Ottawa T-951-89, unreported. Those cases were concerned, respectively, with the decision-making of the Minister of Forests, and the conduct of the Crown when adverse in interest to aboriginal peoples in litigation. The considerations which may animate the application of a fiduciary duty in these contexts are far different from those raised in the context of a licence application before an independent decision-making body operating at arm's length from government.

Therefore, I conclude that the fiduciary relationship between the Crown and the appellants does not impose a duty on the Board to make its decisions in the best interests of the appellants, or to change its hearing process so as to impose superadded requirements of disclosure. When the duty is defined in this manner, such tribunals no more owe this sort of fiduciary duty than do the courts. Consequently, no such duty existed in relation to the decision-making function of the Board.

Moreover, even if this Court were to assume that the Board, in conducting its review, should have taken into account the existence of the fiduci-

ment, avaient une telle obligation dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires. À mon avis, les facteurs qui servent à déterminer si une telle obligation régit le processus décisionnel de l'Office en matière de délivrance de licences d'exportation diffèrent peu de ceux qui sont appliqués aux cours de justice. L'Office remplit à cet égard une fonction quasi judiciaire: *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la p. 385. Bien que cette caractérisation ne soit peut-être pas assortie de toutes les exigences de nature procédurale et autres applicables à une cour de justice, elle est en soi incompatible avec l'exigence voulant qu'il existe des rapports d'une extrême bonne foi entre l'Office et une partie qui comparaît devant lui.

C'est pour ce motif que je ne trouve pas utile les décisions que les appelants m'ont citées à titre indicatif de l'évolution de la tendance: *Gitludahl c. Minister of Forests*, C.S.C.-B., le 13 août 1992, Vancouver A922935, inédit, et *Dick c. La Reine*, C.F. 1ère inst., le 3 juin 1992, Ottawa, T-951-89, inédit. Ces décisions portaient, respectivement, sur le pouvoir de décision du ministre des Forêts et la conduite de l'État lorsqu'il se trouve partie adverse dans un litige avec les peuples autochtones. Les facteurs susceptibles d'entraîner l'application d'une obligation fiduciaire dans ces contextes sont fort différents de ceux soulevés dans le contexte d'une demande de licence présentée à un organisme décisionnel indépendant sans lien de dépendance avec le gouvernement.

En conséquence, je conclus que les rapports fiduciaires entre l'État et les appelants n'imposent pas à l'Office une obligation de prendre des décisions dans l'intérêt des appelants, ou encore de modifier son processus d'audience de façon à imposer des exigences additionnelles de divulgation. Lorsque l'on définit ainsi l'obligation fiduciaire, elle n'incombe pas davantage à ces tribunaux qu'aux cours de justice. Ainsi, l'Office n'avait aucune obligation de cette nature dans l'exercice de son pouvoir décisionnel.

En outre, même si notre Cour devait supposer que l'Office, dans le cadre de son analyse, aurait dû tenir compte de l'existence de rapports fidu-

ary relationship between the Crown and the appellants, I am satisfied that, for the reasons set out above relating to the procedure followed by the Board, its actions in this case would have met the requirements of such a duty. There is no indication that the appellants were given anything less than the fullest opportunity to be heard. They had access to all the evidence that was before the Board, were able to make submissions and argument in reply, and were entitled to cross-examine the witnesses called by the respondent Hydro-Québec. This argument must therefore fail for the same reasons as the arguments relating to the nature of the review conducted by the Board.

D. *Aboriginal Rights*

This Court, in *R. v. Sparrow, supra,* recognized the interrelationship between the recognition and affirmation of aboriginal rights constitutionally enshrined in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982,* and the fiduciary relationship which has historically existed between the Crown and aboriginal peoples. It is this relationship that indicates that the exercise of sovereign power may be limited or restrained when it amounts to an unjustifiable interference with aboriginal rights. In this appeal, the appellants argue that the decision of the Board to grant the licences will have a negative impact on their aboriginal rights, and that the Board was therefore required to meet the test of justification as set out in *Sparrow.*

It is obvious that the Board must exercise its decision-making function, including the interpretation and application of its governing legislation, in accordance with the dictates of the Constitution, including s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982.* Therefore, it must first be determined whether this particular decision of the Board, made pursuant to s. 119.08(1) of the *National Energy Board Act,* could have the effect of interfering with the existing aboriginal rights of the appellants so as to amount to a *prima facie* infringement of s. 35(1).

The respondents in this appeal argue that it cannot. They assert that, with the signing by the appellants of the James Bay and Northern Quebec Agreement, incorporated in the *James Bay and*

ciaires entre l'État et les appelants, je suis convaincu, pour les motifs que j'ai mentionnés relativement à la procédure suivie par l'Office, que les mesures qu'il a prises auraient permis de satisfaire aux exigences d'une telle obligation. Rien n'indique que les appelants n'ont pas eu pleinement l'occasion d'être entendus. Ils ont eu accès à tous les éléments de preuve déposés devant l'Office, ont pu présenter des arguments et une réplique et ont également eu le droit de contre-interroger les témoins assignés par l'intimée Hydro-Québec. Cet argument doit, en conséquence, échouer pour les mêmes motifs que les arguments relatifs à la nature de l'examen réalisé par l'Office.

D. *Les droits ancestraux*

Dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, précité, notre Cour a reconnu la relation qui existe entre la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux inscrits au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* d'une part, et les rapports fiduciaires traditionnels entre l'État et les peuples autochtones. Ce sont ces rapports qui indiquent que l'exercice du pouvoir souverain peut être restreint lorsqu'il constitue une atteinte injustifiable aux droits ancestraux. En l'espèce, les appelants soutiennent que la décision de l'Office de délivrer les licences aura une incidence négative sur leurs droits ancestraux et que l'Office était tenu de satisfaire au critère de la justification formulée dans l'arrêt *Sparrow.*

De toute évidence, l'Office doit exercer son pouvoir décisionnel, y compris celui d'interpréter et d'appliquer sa loi habilitante, conformément aux principes de la Constitution, y compris le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par conséquent, il faut tout d'abord déterminer si la décision prise par l'Office, en vertu du par. 119.08(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, pourrait avoir pour effet de porter atteinte aux droits ancestraux existants des appelants de façon à équivaloir à première vue à une violation du par. 35(1).

Les intimés sont d'avis qu'elle ne le pourrait pas. Ils soutiennent que les appelants, en adhérant à la Convention de la Baie James et du Nord québécois, incorporée dans la *Loi sur le règlement des*

Northern Quebec Native Claims Settlement Act, S.C. 1976-77, c. 32 ("the *James Bay Act*"), the appellants ceded and renounced all aboriginal rights except as set out in the Agreement. Since the act of granting a licence neither requires nor permits the construction of the new production facilities which the appellants claim will interfere with their rights, and since the Agreement itself provides for a participatory review process to authorize the construction of such facilities, Hydro-Québec and the Attorney General of Quebec argue that no *prima facie* infringement results from the decision of the Board.

revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois, S.C. 1976-77, ch. 32 («*Loi sur la Baie James*»), ont cédé tous leurs droits ancestraux et y ont renoncé, sauf dans la mesure prévue dans la Convention. Puisqu'en soi la délivrance d'une licence ne nécessite ni ne permet la construction des nouvelles installations de production qui, selon les appelants, empiéteront sur leurs droits et que la Convention prévoit un processus d'examen en commun lorsqu'il s'agit d'autoriser une telle construction, Hydro-Québec et le procureur général du Québec soutiennent que la décision de l'Office ne présente pas d'atteinte à première vue.

The evaluation of these competing arguments requires an examination and interpretation of the Agreement as embodied in the *James Bay Act*. The appellants, however, requested that this question be determined without reference to the Agreement or to the Act, since its interpretation and application form the subject of other legal proceedings involving the parties to this appeal. The appellants accordingly placed no reliance on this document in their assertion of a breach of aboriginal rights.

Pour évaluer ces arguments opposés, il est nécessaire d'examiner et d'interpréter la Convention incorporée dans la *Loi sur la Baie James*. Toutefois, les appelants ont demandé que cette question soit tranchée sans renvoi à la Convention ou à la Loi, puisqu'il existe entre les parties d'autres procédures judiciaires relativement à l'interprétation et à l'application du document en question. C'est pourquoi les appelants ne se sont pas servis de ce document pour faire valoir qu'il y aurait eu violation de leurs droits ancestraux.

In my view, it is not possible to evaluate realistically the impact of the decision of the Board on the rights of the appellants without reference to the *James Bay Act*. The respondents assert that the rights of the appellants are limited to those set out in this document. The validity of this assertion cannot be tested without construing the provisions of the Agreement.

À mon avis, on ne peut établir d'une façon réaliste l'incidence de la décision de l'Office sur les droits des appelants sans examiner la *Loi sur la Baie James*. Les intimés soutiennent que les droits des appelants se limitent à ceux mentionnés dans ce document. La validité de cet argument ne peut être vérifiée sans une interprétation des dispositions de la Convention.

Moreover, even assuming that the decision of the Board is one that has, *prima facie*, an impact on the aboriginal rights of the appellants, and that the appellants are correct in arguing that, for the Board to justify its interference, it must, at a minimum, conduct a rigorous, thorough, and proper cost-benefit review, I find, for the reasons expressed above, that the review carried out in this case was not wanting in this respect.

En outre, même en supposant que la décision de l'Office a, à première vue, une incidence sur les droits ancestraux des appelants, et que ceux-ci ont raison de soutenir que, pour justifier son intervention, l'Office doit, à tout le moins, procéder à une analyse de rentabilité rigoureuse, approfondie et appropriée, je suis d'avis, pour les motifs que j'ai exprimés, que l'analyse effectuée en l'espèce n'était pas déficiente sur ce point.

E. *Environmental Impact Assessment*

Given that the social cost-benefit analysis appears to have been reasonable, the sole remaining ground on which the decision of the Board can be impugned relates to the environmental impact assessment carried out by the Board. It must be determined both whether the Board followed the procedures for such an assessment set out in the *National Energy Board Act* and in the *EARP Guidelines Order*, and whether the imposition of conditions 10 and 11 was a valid mechanism for fulfilling these requirements. If it is found that the conditions imposed by the Board caused it to exceed, or alternately to fail to exercise, its jurisdiction, it must also be determined whether the conditions are severable, and the order of the Board nonetheless remains valid.

(a) The *National Energy Board Act*

It is clear, and indeed it does not appear to have been seriously contested by the parties that, while the Board in making its decision was bound by the Act as amended, it was nonetheless entitled to require evidence of the factors listed in the former Act, since s. 119.08(2) of the amended Act gives to the Board the mandate to consider any matters which it deems relevant in the circumstances.

The proper interpretation of the scope of the Board's inquiry is found by looking at the procedural framework created by the Act as a whole. The procedure for the issuing of permits for the export of electricity is set out in Division II of Part VI of the Act. In the version of the Act in force at the time that the initial application was made by Hydro-Québec, each applicant was required to apply for a licence, and the factors which the Board was to consider in its determination whether to grant the licence were explicitly listed.

By the terms of the Act as amended by Bill C-23, the Board is in general now required, on application and without a public hearing, to issue permits for export (s. 119.03). However, the Board may recommend to the Minister that the granting be delayed and that an inquiry be held. Section

E. *L'évaluation environnementale*

Puisque l'analyse de rentabilité sociale paraît avoir été raisonnable, l'évaluation environnementale effectuée par l'Office représente le dernier moyen d'attaquer la décision qu'il a prise. Il faut déterminer à la fois si l'Office a suivi les modalités prévues dans la *Loi sur l'Office national de l'énergie* et dans le *Décret sur le PEEE* et si l'imposition des conditions 10 et 11 constituait une façon valide de satisfaire à ces exigences. Si l'on estime que l'Office, en imposant ces conditions, a excédé, ou subsidiairement a omis d'exercer, sa compétence, il faudra ensuite déterminer si ces conditions peuvent être retranchées et si l'ordonnance de l'Office demeure par ailleurs valide.

a) La *Loi sur l'Office national de l'énergie*

Il est évident, et cela ne semble pas avoir été sérieusement contesté par les parties, que l'Office était lié par la Loi modifiée et qu'il avait néanmoins le droit d'exiger une preuve des facteurs énumérés dans l'ancienne loi puisque le par. 119.08(2) de la Loi modifiée lui donne le mandat d'examiner tous les facteurs qui lui semblent pertinents dans les circonstances.

L'interprétation qu'il faut donner à la portée de l'examen de l'Office nécessite l'analyse de la procédure créée par l'ensemble de la Loi. La procédure de délivrance des permis d'exportation d'électricité est prévue à la Section II de la Partie VI de la Loi. Dans la version de la Loi en vigueur à l'époque de la demande initiale d'Hydro-Québec, tout requérant devait présenter une demande de licence, et les facteurs que l'Office devait prendre en considération étaient explicitement énumérés.

D'après le libellé de la Loi, modifiée par le Projet de loi C-23, l'Office est maintenant en général tenu de délivrer, sur demande et sans audience publique, les permis autorisant l'exportation (art. 119.03). Toutefois, l'Office peut suggérer par recommandation au ministre de surseoir à la déli-

119.06(2) provides that, in determining whether to make such a recommendation

> ... the Board shall seek to avoid the duplication of measures taken in respect of the exportation by the applicant and the government of the province from which the electricity is exported, and shall have regard to all considerations that appear to it to be relevant, including
>
> . . .
>
> (*b*) the impact of the exportation on the environment;
>
> . . .
>
> (*d*) such considerations as may be specified in the regulations.

If the Minister accepts this recommendation, the application is designated as one to which s. 119.08 applies, and a licence is required rather than a permit. The enumerated factors which the Board was required to take into account at this stage, in considering whether a licence should be granted, were eliminated by the amendments to the Act. Now, the section simply provides:

> **119.08** ...
>
> (2) In deciding whether to issue a licence, the Board shall have regard to all considerations that appear to it to be relevant.

Section 6 of the *Part VI Regulations* governs the information that must be furnished to the Board in an application for a licence. The section gives the Board the power both to request any information that it might require, and to dispense with the provision of any evidence that it deems unnecessary. However, s. 6(2) nonetheless sets out a long list of factors that must be furnished by the applicant unless the Board otherwise authorizes. The subsections relevant to this appeal are ss. 6(2)(*z*) and 6(2)(*aa*), which require:

> (*z*) evidence to demonstrate that the price to be charged by the applicant for electric power and energy exported by him is just and reasonable in relation to the public interest, and in particular that the export price
>
> (i) would recover its appropriate share of the costs incurred in Canada,

vrance de permis et de tenir une telle audience. Le paragraphe 119.06(2) prévoit que, pour déterminer s'il y a lieu de procéder à la recommandation

> ... l'Office tente d'éviter le dédoublement des mesures prises au sujet de l'exportation d'électricité par le demandeur et le gouvernement de la province exportatrice et tient compte de tous les facteurs qu'il estime pertinents et notamment:
>
> . . .
>
> *b*) des conséquences de l'exportation sur l'environnement;
>
> . . .
>
> *d*) de tout autre facteur qui peut être prévu par règlement.

Si le ministre accepte la recommandation, la demande devient alors une demande à laquelle s'applique l'art. 119.08, et une licence, plutôt qu'un permis, sera alors exigée. Les modifications apportées à la Loi ont eu pour effet d'éliminer les facteurs énumérés dont l'Office devait tenir compte à cette étape, relativement à la délivrance d'une licence. L'article prévoit maintenant:

> **119.08** ...
>
> (2) L'Office tient compte de tous les facteurs qui lui semblent pertinents.

L'article 6 du *Règlement (Partie VI)* prévoit les renseignements qui doivent être fournis à l'Office par le demandeur d'une licence. En vertu de cette disposition, l'Office peut demander les renseignements dont il peut avoir besoin ou ne pas exiger la présentation d'éléments de preuve qu'il juge inutiles. Cependant, le par. 6(2) dresse néanmoins une longue liste de renseignements que le requérant doit fournir à l'Office, sauf autorisation contraire de celui-ci. Les dispositions pertinentes sont les al. 6(2)z) et 6(2)*aa*):

> z) une preuve démontrant que le prix que doit exiger le requérant pour la puissance et l'énergie électriques destinées par lui à l'exportation est juste et raisonnable par rapport à l'intérêt public et, en particulier, que le prix d'exportation
>
> (i) permettra la récupération d'une bonne proportion des coûts assumés au Canada,

(ii) would not be less than the price to Canadians for equivalent service in related areas. . .

(*aa*) evidence on any environmental impact that would result from the generation of the power for export.

In this case, the Board considered the environmental effects of the actual transmission of the electricity to the United States, and the resulting effects on the U.S. environment, and found them to be either neutral or beneficial. The real area of concern for negative environmental impact, as raised by the appellants and other parties appearing at the public hearing, was the future construction of production facilities, as contemplated by the development plan, to meet increased needs for power. The Board specifically found that these planned facilities would have to be built to meet the projected increase in the domestic demand for electrical power even if the licences were not approved. The Board also found that, if the licences were granted, the construction of some of these contemplated facilities would take place earlier than would otherwise be necessary. Finally, the Board held that the additional environmental effects occurring solely as a result of the acceleration of construction would be negligible.

However, the Board found that the potential environmental effects of the actual construction of these future facilities were not known with certainty. It therefore imposed conditions 10 and 11 to the licences, which require compliance with federal standards, and successful completion of existing review processes. In this appeal, the prime dispute in the area of environmental impact is whether the Board was entitled to consider, as relevant to its decision to grant the licences sought, the environmental impact of the construction by Hydro-Québec of these future facilities.

The Court of Appeal in this case found that, in deciding whether to grant a licence, the Board was limited solely to the consideration of the environmental effects of export as that term is defined in

(ii) ne sera pas inférieur au prix exigé des Canadiens pour un service équivalent dans des régions connexes . . .

aa) un témoignage quant aux répercussions que pourrait avoir sur l'environnement la production de la puissance destinée à l'exportation.

En l'espèce, l'Office a examiné les effets sur l'environnement du transport même d'électricité aux États-Unis, ainsi que ses effets sur l'environnement américain, et les a considérés comme neutres ou avantageux. Comme l'ont indiqué les appelants et les autres parties qui ont comparu lors des audiences publiques, la véritable préoccupation avait trait aux incidences environnementales négatives des futures installations de production, prévues dans le plan de développement et destinées à satisfaire à la demande accrue d'électricité. L'Office a spécifiquement reconnu que ces installations devraient être construites pour répondre à l'accroissement prévu de la demande intérieure d'électricité, même si les licences n'étaient pas accordées. L'Office a également conclu que, advenant la délivrance des licences, la construction de certaines des installations envisagées aurait lieu plus tôt qu'il ne serait autrement nécessaire. Enfin, l'Office a statué que les effets additionnels sur l'environnement liés seulement au devancement de la construction des installations seraient négligeables.

Toutefois, l'Office a conclu que les effets sur l'environnement de la construction même des futures installations n'étaient pas vraiment connus. C'est pourquoi il a imposé les conditions 10 et 11 des licences pour exiger le respect des normes fédérales ainsi que l'accomplissement des processus d'examen déjà en place. En l'espèce, le principal point en litige en ce qui concerne les incidences environnementales est de savoir si l'Office avait le droit de considérer comme pertinentes, relativement à sa décision de délivrer les licences demandées, les incidences de la construction des futures installations par Hydro-Québec.

La Cour d'appel en l'espèce a conclu que l'Office, dans sa décision de délivrer une licence, devait seulement examiner les effets des exportations sur l'environnement, au sens de la *Loi sur*

the *National Energy Board Act*. As noted above, s. 2 of the Act provides:

"export" means, with reference to

(*a*) electricity, to send from Canada by a line of wire or other conductor electricity produced in Canada, ...

As mentioned above, the Court of Appeal (at pp. 450-51) interpreted the section to mean that

. . . the Board's jurisdiction still is and has always been the granting of leave to export electricity. The factors which may be relevant in considering an application for leave to export electricity and the conditions which the Board may place on its leave clearly cannot relate to anything but the export of electricity. . . .

It seems clear that, as it is understood in the Act with respect to electricity, export does not cover production itself, and it is only reasonable that this should be so. Of course, anyone wishing to export a good must produce it or arrange for it to be produced elsewhere, but when he produces it or arranges for its production elsewhere he is not exporting it, and when he is exporting it he is not producing it.

I do not think anyone would dispute for a moment that in considering an application for leave to export electricity, the Board must be concerned about the environmental consequences, since the public interest is involved. The Board's function in this respect is in any case confirmed in several enactments. However, the only question can be as to the environmental consequences of the export, namely the consequences for the environment of "[sending] from Canada . . . power produced in Canada".

The Board is specifically permitted by s. 119.06(2) of the *National Energy Board Act* to take into consideration, in its decision whether to recommend to the Minister that the matter proceed by way of a licence application with a public review rather than by the issuance of a permit, both the environmental effects of the exportation of the electricity, and, as specified in the Regulations, the effects on the environment of the generation of the power for export. Once a licence application review process is instituted, s. 119.08(2) of the Act gives to the Board the power to consider all factors

l'Office national de l'énergie. L'article 2 de cette loi dispose:

«exportation»

a) Dans le cas de l'électricité, le fait de transporter de l'électricité produite au Canada à l'extérieur du pays par une ligne de fil métallique ou un autre conducteur;

Comme il a déjà été mentionné, la Cour d'appel a interprété ainsi cette disposition (aux pp. 450 et 451)

. . . ce sur quoi porte la juridiction de l'Office est encore et a toujours été l'autorisation d'exporter de l'électricité. Les facteurs qui peuvent être pertinents dans l'examen d'une demande d'autorisation d'exporter de l'électricité et les conditions auxquelles l'Office peut assujettir son autorisation ne peuvent évidemment se rapporter à autre chose qu'à l'exportation de l'électricité. . .

Il me paraît clair que l'exportation, telle que l'entend la Loi dans le cas de l'électricité, ne couvre pas la production elle-même, et ce n'est que rationnel qu'il en soit ainsi. Bien sûr, celui qui veut exporter un bien doit le produire ou se le procurer ailleurs, mais quant il le produit ou se le procure ailleurs il ne l'exporte pas, et quand il l'exporte il ne le produit pas.

Personne, je pense, ne songerait un moment à contester qu'en considérant une demande d'autorisation d'exporter de l'électricité, l'Office soit tenu de s'inquiéter des conséquences environnementales, puisqu'il y va de l'intérêt public. Le mandat de l'Office à cet égard est d'ailleurs confirmé dans plusieurs textes. Mais ce sont les conséquences environnementales de l'exportation dont il peut uniquement s'agir, soit les conséquences sur l'environnement du «fait de transporter de l'électricité produite au Canada à l'extérieur du pays».

Le paragraphe 119.06(2) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* autorise expressément l'Office à tenir compte des effets de l'exportation d'électricité sur l'environnement et, comme le prévoit le Règlement, des effets sur l'environnement de la production de l'électricité destinée à l'exportation, lorsqu'il détermine s'il y a lieu de recommander au ministre d'exiger le dépôt d'une demande de licence, avec audience publique, plutôt que de procéder par délivrance d'un permis. Une fois commencé le processus d'examen d'une demande de licence, le par. 119.08(2) de la Loi

which appear to it to be relevant. In my opinion, given that the Board is permitted at the earlier stage to take such factors into account, it would be inconsistent to prohibit the Board from having regard to such factors at this later stage, although such concerns continue to be relevant.

I am of the view that the Court of Appeal erred in limiting the scope of the Board's environmental inquiry to the effects on the environment of the transmission of power by a line of wire across the border. To limit the effects considered to those resulting from the physical act of transmission is an unduly narrow interpretation of the activity contemplated by the arrangements in question. The narrowness of this view of the Board's inquiry is emphasized by the detailed regulatory process that has been created. I would find it surprising that such an elaborate review process would be created for such a limited inquiry. As the Court of Appeal in this case recognized, electricity must be produced, either through existing facilities or the construction of new ones, in order for an export contract to be fulfilled. Ultimately, it is proper for the Board to consider in its decision-making process the overall environmental costs of granting the licence sought.

However, such a task is particularly difficult in this case, given the Board's finding that, although existing facilities were not sufficient to service the contracts, the new facilities contemplated would have to be built in any event to supply increasing domestic needs. The approval of the application for the licences would therefore simply have the effect of accelerating construction of these facilities, and the environmental effects of the acceleration alone were found not to be significant. Nevertheless, in my opinion, the Board did not err in giving some weight to the environmental effects of the construction of the planned facilities. To say that such effects cannot be considered unless the Board finds that, but for the export contracts, the facilities would not be constructed, is to create a situation in which the construction of a generating facility may be contemplated solely for the purpose of fulfilling the demands of a number of

accorde à l'Office le pouvoir de tenir compte de tous les facteurs qui lui semblent pertinents. À mon avis, puisque l'Office peut, à l'étape préliminaire tenir compte des facteurs qu'il juge pertinents, il serait illogique d'interdire à l'Office d'en tenir compte à l'étape ultérieure, même si ces préoccupations continuent d'être pertinentes.

Je suis d'avis que la Cour d'appel a commis une erreur en limitant l'examen de l'Office sur les incidences environnementales aux effets sur l'environnement du transport d'électricité par une ligne de fil métallique au-delà de la frontière. Limiter l'examen aux effets résultant du transport physique même constitue une interprétation indûment restrictive de l'activité envisagée. Le processus de réglementation détaillé qui a été constitué fait bien ressortir le caractère restrictif de cette interprétation. Je serais fort étonné qu'un processus si détaillé soit créé aux fins d'un examen si restrictif. Comme la Cour d'appel l'a reconnu, l'électricité à fournir dans le cadre du contrat d'exportation doit être produite par les installations actuelles ou nécessitera la construction de nouvelles installations. En fin de compte, il convient que l'Office tienne compte, dans son processus décisionnel, de l'ensemble des coûts environnementaux de la délivrance d'une licence.

Toutefois, cette tâche est particulièrement difficile en l'espèce puisque l'Office a conclu que les installations existantes ne permettaient pas de répondre à la demande prévue dans les contrats, mais qu'il faudrait de toute façon procéder à la construction des nouvelles installations pour répondre à l'accroissement de la demande intérieure. L'approbation de la demande de licences aurait alors simplement pour effet de devancer la construction de ces installations, et l'on a considéré comme négligeables les effets sur l'environnement attribuables au seul devancement des travaux. Néanmoins, à mon avis, l'Office n'a pas commis d'erreur en accordant un certain poids aux effets sur l'environnement de la construction des installations prévues. Soutenir que l'Office ne peut tenir compte de ces effets, sauf s'il conclut que la construction de ces installations ne serait pas nécessaire en l'absence des contrats d'exportation,

export contracts, but because no one export contract can be said to be the cause of the facility's construction, its environmental effects will never be considered.

A better approach is simply to ask whether the construction of new facilities is required to serve, among other needs, the demands of the export contract. If this question is answered in the affirmative, then the environmental effects of the construction of such facilities are related to the export. In these circumstances, it becomes appropriate for the Board to consider the source of the electrical power to be exported, and the environmental costs that are associated with the generation of that power.

The respondents expressed concern that giving such a scope to the inquiry of the Board might then bring into its contemplation areas which are more properly the subject of provincial regulation and control. I hasten to add that no constitutional question was raised in this appeal, and I expressly refrain from making any determinations relating to the interpretation of the provisions of the *Constitution Act, 1867*. However, it is nonetheless important that the jurisdiction of the Board be delineated in a manner that respects these concerns. Obviously, while matters relating to export clearly fall within federal jurisdiction according to s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*, as part of the federal government power over matters relating to trade and commerce, it is undeniable that a proposal for export may have ramifications for the operation of provincial undertakings or other matters under provincial jurisdiction.

In defining the jurisdictional limits of the Board, then, this Court must be careful to ensure that the Board's authority is truly limited to matters of federal concern. At the same time, however, the scope of its inquiry must not be narrowed to such a degree that the function of the Board is rendered meaningless or ineffective. In this regard, I find helpful the reasons of this Court in *Friends of the*

crée une situation où la construction d'une centrale électrique pourrait être envisagée seulement en réponse à la demande résultant d'un certain nombre de contrats d'exportation, mais que, parce que l'on ne peut dire qu'un contrat d'exportation particulier est la cause de la construction de la centrale, on n'aura jamais à tenir compte de ses effets sur l'environnement.

Il vaut mieux se demander simplement si la construction de nouvelles installations est nécessaire, entre autres, pour répondre à la demande créée par un contrat d'exportation. Dans l'affirmative, les effets sur l'environnement de la construction de ces installations ont un lien avec l'exportation. Dans ces circonstances, il devient alors approprié pour l'Office de tenir compte de la source de l'énergie électrique à exporter et des coûts environnementaux associés à la production de cette énergie.

Les intimés craignent que l'on amène ainsi l'Office à examiner des domaines qui relèvent davantage de la réglementation et du contrôle des provinces. Je m'empresse d'ajouter que le présent pourvoi ne soulève aucune question constitutionnelle, et je m'abstiens explicitement de me prononcer sur l'interprétation des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, dans la détermination des limites de la compétence de l'Office, il importe néanmoins de tenir compte des craintes exprimées. De toute évidence, bien que les questions d'exportation relèvent clairement de la compétence fédérale en matière de réglementation des échanges et du commerce, conformément au par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, on ne saurait nier qu'un projet d'exportation peut avoir des ramifications sur le fonctionnement des entreprises provinciales ou sur d'autres questions de compétence provinciale.

En définissant les limites de la compétence de l'Office, notre Cour doit s'assurer que l'exercice des pouvoirs de l'Office se limite vraiment aux questions d'intérêt fédéral. Cependant, il ne faut pas non plus circonscrire l'étendue de l'examen à effectuer à un tel point que la fonction de l'Office devienne dénuée de sens ou privée d'efficacité. À cet égard, je trouve utiles les motifs de notre Cour

Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport), [1992] 1 S.C.R. 3, a decision released after the Federal Court of Appeal had rendered judgment in this case.

In *Oldman River* this Court considered, among other issues, the constitutional validity of the *EARP Guidelines Order*. La Forest J., for the majority, concluded, in words I find apposite to this appeal (at p. 64):

> It must be recognized that the environment is not an independent matter of legislation under the *Constitution Act, 1867* and that it is a constitutionally abstruse matter which does not comfortably fit within the existing division of powers without considerable overlap and uncertainty.

Therefore (at p. 65):

> . . . the solution to this case can more readily be found by looking first at the catalogue of powers in the *Constitution Act, 1867* and considering how they may be employed to meet or avoid environmental concerns. When viewed in this manner it will be seen that in exercising their respective legislative powers, both levels of government may affect the environment, either by acting or not acting.

As noted earlier, the *vires* of the *National Energy Board Act* is not in dispute in this appeal. If in applying this Act the Board finds environmental effects within a province relevant to its decision to grant an export licence, a matter of federal jurisdiction, it is entitled to consider those effects. So too may the province have, within its proper contemplation, the environmental effects of the provincially regulated aspects of such a project. This co-existence of responsibility is neither unusual nor unworkable. While duplication and contradiction of directives should of course be minimized, it is precisely this dilemma that the *EARP Guidelines Order*, specifically ss. 5 and 8, is designed to avoid, and that the Board attempted to reduce with the imposition of conditions 10 and 11 to the licences.

dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, rendu après le jugement de la Cour d'appel fédérale en l'espèce.

Dans l'arrêt *Oldman River*, notre Cour a notamment examiné la constitutionnalité du *Décret sur le PEEE*. Le juge La Forest, s'exprimant au nom de la majorité, a conclu en des termes que j'estime fort pertinents pour les fins du présent pourvoi à la p. 64:

> Il faut reconnaître que l'environnement n'est pas un domaine distinct de compétence législative en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* et que c'est, au sens constitutionnel, une matière obscure qui ne peut être facilement classée dans le partage actuel des compétences, sans un grand chevauchement et une grande incertitude.

En conséquence (à la p. 65):

> . . . on peut plus facilement trouver la solution applicable à l'espèce en examinant tout d'abord l'énumération des pouvoirs dans la *Loi constitutionnelle de 1867* et en analysant comment ils peuvent être utilisés pour répondre aux problèmes environnementaux ou pour les éviter. On pourra alors se rendre compte que, dans l'exercice de leurs pouvoirs respectifs, les deux paliers de gouvernement peuvent toucher l'environnement, tant par leur action que leur inaction.

Comme je l'ai déjà fait remarquer, la validité de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* n'est pas contestée dans le présent pourvoi. En appliquant la Loi, l'Office peut tenir compte des effets sur l'environnement à l'intérieur d'une province s'il les considère pertinents aux fins de sa décision de délivrer une licence d'exportation, matière de compétence fédérale. La province peut, quant à elle, examiner les effets sur l'environnement des aspects d'un projet donné qui relèvent de la réglementation provinciale. Cette coexistence de responsabilité n'est ni inhabituelle ni impossible. Il y a, bien entendu, lieu de minimiser le double emploi de directives et les contradictions entre ces dernières, et c'est précisément le problème que le *Décret sur le PEEE*, tout particulièrement ses art. 5 et 6, cherche à éviter, et que l'Office a tenté de réduire en imposant les conditions 10 et 11 de la licence.

It is also worth noting that the Board is the forum in which the environmental impact attributable solely to the export, that is, to the impact of the increase in power output needed to service the export contracts, will be considered. A focused assessment of these effects may be lost if subsumed in a comprehensive evaluation by the province of the environmental effects of the projects in their totality. In this way, both levels of government have a unique sphere in which to contribute to environmental impact assessment.

I conclude, therefore, that the Board did not exceed its jurisdiction under the *National Energy Board Act* in considering the environmental effects of the construction of future generating facilities as they related to the proposed export, an area of federal responsibility. The Board is permitted by s. 15 of the Regulations to the Act to attach conditions to the licences which it grants, including conditions relating to environmental protection: s. 15(*m*). The only issue that remains, then, is whether in imposing conditions 10 and 11, the Board failed to meet its obligations under the *EARP Guidelines Order*.

(b) The *EARP Guidelines Order* and the Validity of Conditions 10 and 11

That the *EARP Guidelines Order* applied to the Board in its decision whether to grant the export licences does not appear to be in serious dispute. The *EARP Guidelines Order* applies to all "initiating department[s]", defined in s. 2 as "any department that is, on behalf of the Government of Canada, the decision making authority for a proposal". "Proposal" is also defined in s. 2, as "any initiative, undertaking or activity for which the Government of Canada has a decision making responsibility".

The key feature to be extracted from these somewhat circular definitions is that the application of the *EARP Guidelines Order* to the Board relates to the aspect of Hydro-Québec's undertakings for which it has decision-making authority, that is, the decision to grant a licence permitting

Il convient également de signaler que l'Office est la tribune où seront examinés les effets sur l'environnement attribuables seulement à l'exportation, c'est-à-dire les effets de l'augmentation d'électricité produite pour respecter les contrats d'exportation. Une évaluation centrée sur ces effets peut s'avérer inutile si elle est subsumée sous une évaluation globale par la province des effets sur l'environnement de l'ensemble des projets. De cette façon, les deux paliers de gouvernement ont chacun leur domaine dans lequel ils peuvent contribuer à l'évaluation environnementale.

En conséquence, je conclus que l'Office n'a pas excédé sa compétence en vertu de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* en tenant compte des effets sur l'environnement de la construction des futures installations de production dans la mesure où ils se rapportent aux exportations proposées, domaine de compétence fédérale. L'article 15 du Règlement permet à l'Office d'assortir les licences qu'il délivre de conditions, notamment en ce qui concerne la protection de l'environnement: al. 15*m*). Il reste maintenant à savoir si l'Office, en imposant les conditions 10 et 11, a omis de respecter ses obligations en vertu du *Décret sur le PEEE*.

b) Le *Décret sur le PEEE* et la validité des conditions 10 et 11

On ne paraît pas contester sérieusement que le *Décret sur le PEEE* est applicable à l'Office lorsqu'il décide de délivrer une licence d'exportation. Le *Décret sur le PEEE* s'applique à tout «ministère responsable», que l'art. 2 définit de la façon suivante: «Ministère qui, au nom du gouvernement du Canada, exerce le pouvoir de décision à l'égard d'une proposition.» L'article 2 donne la définition suivante du terme «proposition» «S'entend en outre de toute entreprise ou activité à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions».

Le principal élément qui se dégage de ces définitions plutôt circulaires est que le *Décret sur le PEEE* s'applique à l'Office pour ce qui est de l'aspect des entreprises d'Hydro-Québec à l'égard desquelles il a un pouvoir décisionnel, c'est-à-dire la décision de délivrer une licence d'exportation. On

export. That does not artificially limit the scope of the inquiry to the environmental ramifications of the transmission of power by a line of wire, but it equally does not permit a wholesale review of the entire operational plan of Hydro-Québec. Section 6(*b*) of the *EARP Guidelines Order* makes it clear that "[t]hese Guidelines shall apply to any proposal . . . that may have an environmental effect on an area of federal responsibility". As will be evident from the reasons which follow, I am of the view that the Board in its decision struck an appropriate balance between these two extremes.

The main goal of the Process created by the *EARP Guidelines Order* is that "the initiating department shall, as early in the planning process as possible and before irrevocable decisions are taken, ensure that the environmental implications of all proposals for which it is the decision-making authority are fully considered and where the implications are significant, refer the proposal to the Minister for public review by a Panel" (s. 3). The overarching purpose of the *EARP Guidelines Order* is to avoid, in situations in which multiple regulatory steps impinge on an undertaking or proposal, disregard for the fundamentally important matter of the protection of the environment.

The *EARP Guidelines Order* also notes explicitly, as mentioned above, that duplication in review is to be avoided (ss. 5(1) and 8), although the initiating department is prohibited from delegating its task of environmental screening or initial assessment to any other body: s. 10(2). The Board in this case was therefore required by s. 12 of the *EARP Guidelines Order* to determine whether the export proposal would not produce any adverse environmental effects, would produce significant adverse environmental effects, would produce effects which were insignificant or mitigable with known technology, or would produce effects which were unknown. In the words of the Board (at pp. 34-35):

In conducting a screening of electricity export proposals, the Board examines the potential environmental and corresponding social effects in and outside of Canada,

ne se trouve pas ainsi à limiter artificiellement l'étendue de l'examen aux répercussions environnementales du transport d'électricité par une ligne de fil métallique, ni d'ailleurs à autoriser un examen de l'ensemble du plan opérationnel d'Hydro-Québec. L'alinéa 6*b*) du *Décret sur le PEEE* précise clairement que «[l]es présentes lignes directrices s'appliquent aux propositions [. . .] pouvant avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale». On se rendra compte dans les motifs qui suivent que je suis d'avis que l'Office a, dans sa décision, établi un équilibre approprié entre ces deux extrêmes.

Le processus créé par le *Décret sur le PEEE* vise principalement à ce que «le ministère responsable examine, le plus tôt possible au cours de l'étape de planification et avant de prendre des décisions irrévocables, les répercussions environnementales de toutes les propositions à l'égard desquelles il exerce le pouvoir de décision» (art. 3). Le *Décret sur le PEEE* vise avant tout à éviter que l'on fasse abstraction de la question fondamentalement importante de la protection de l'environnement, dans les cas où de multiples paliers de réglementation touchent une entreprise ou une proposition.

En outre, le *Décret sur le PEEE* précise explicitement, comme je l'ai déjà mentionné, qu'il faut veiller à ce que les examens ne fassent pas double emploi (par. 5(1) et art. 8); toutefois, il est interdit au ministère responsable de déléguer à un autre organisme l'examen préalable ou l'évaluation initiale: par. 10(2). En l'espèce, l'Office était tenu en vertu de l'art. 12 du *Décret sur le PEEE* de déterminer si la proposition n'aurait aucun effet néfaste sur l'environnement, aurait des effets néfastes importants sur l'environnement, était susceptible d'avoir sur l'environnement des effets minimes ou pouvant être atténués par l'application de mesures techniques connues, ou si les effets qu'elle pouvait avoir sur l'environnement étaient inconnus. Selon l'Office (aux pp. 34 et 35):

En faisant cette première évaluation, l'Office étudie les effets possibles sur l'environnement et les répercussions sociales correspondantes causés par la production, le

of the production, transmission, and end use of the electricity proposed to be exported. The purpose of such a screening is to enable the Board to reach one of the conclusions required in section 12 of the *EARP Guidelines Order*.

The Board noted that Hydro-Québec had provided information that approval of the export arrangements would mean that the facilities contemplated by its general development plan would be built two to six years earlier than anticipated. Hydro-Québec took the position that the effect of permitting the exports on the environmental impact of the implementation of the plan would be insignificant. As a result, it did not provide information on the overall impact of the construction and operation of the planned facilities. The Board noted (at pp. 37-38):

> Hydro-Québec argued only that the early construction and operation of facilities to serve the exports would not result in significant environmental impacts and consequently it provided no evidence on this point. Specifically, Hydro-Québec did not provide a comprehensive environmental assessment of the impact of the construction and operation of facilities required to support the proposed exports. In this regard, the Board is of the view that the issue of environmental impact does not hinge on whether or not it should consider the impact of the construction and operation of facilities or only the impact of their advancement. Sufficient evidence was provided indicating that major hydro-electric facilities such as those required to meet the proposed exports do have environmental effects. Hydro-Québec itself did not deny this. The issue rather is whether, on balance, the environmental consequences are acceptable or mitigable. This, the Board does not know at this time.

The Board recognizes that when electric utilities negotiate long-term system-to-system firm sales agreements, there can be circumstances in such arrangements that require capacity to come from generating facilities to be built at some future date and for which the necessary detailed environmental assessments have not been completed at the time of the export application. The proposed export contracts now before the Board have been negotiated on this basis. Nonetheless, for the Board to reach its decision on Hydro-Québec's applications, and

transport et l'utilisation finale de l'électricité qui serait exportée, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du Canada. Une telle évaluation initiale a pour but de permettre à l'Office d'arriver à l'une des conclusions prévues à l'article 12 du *Décret sur le PEEE*.

L'Office a fait remarquer que, d'après les renseignements fournis par Hydro-Québec, l'approbation des modalités d'exportation signifierait que les installations envisagées dans le plan général de développement devraient être construites de deux à six ans plus tôt que prévu. D'après Hydro-Québec, l'effet des exportations sur les incidences environnementales de la mise en oeuvre du plan serait peu important. C'est pourquoi elle n'a pas fourni de renseignements sur l'incidence générale de la construction et du fonctionnement des installations prévues. L'Office a fait remarquer (aux pp. 37 et 38):

> Hydro-Québec a maintenu que seul le devancement de la construction des installations qui serviraient à alimenter les exportations ne causeraient (*sic*) pas d'impact environnemental important et par conséquent elle n'a pas fourni de preuve à l'appui de cet argument. Précisément, Hydro-Québec n'a pas produit d'études exhaustives des incidences environnementales de la construction et de l'exploitation des installations nécessaires pour satisfaire aux exportations proposées. À cet égard, l'Office est d'avis que la question des répercussions environnementales ne tient pas au fait de savoir si, oui ou non, il doit considérer l'impact de la construction et de l'exploitation des installations ou seulement l'impact de leur devancement. Une preuve suffisante a été déposée à l'effet que les grandes installations hydroélectriques, telles celles qui seront nécessaires pour alimenter les exportations proposées, auront des impacts environnementaux. Ce qu'Hydro-Québec n'a pas nié. La question est plutôt de savoir si les répercussions environnementales sont acceptables ou atténuables. C'est ce que l'Office ne sait pas pour le moment.

L'Office reconnaît que lorsque des services d'électricité négocient entre eux des contrats garantis à long terme, il peut y avoir des circonstances où de telles ententes impliquent de la puissance devant venir d'installations de production qui seront construites à une date ultérieure et pour lesquelles les évaluations environnementales nécessaires ne sont pas encore complétées au moment où les demandes d'exportation sont déposées. Les contrats visant les projets d'exportation présentement devant l'Office ont été négociés sur cette base. Néan-

at the same time meet its obligations under the Act and *EARP Guidelines Order*, it must take into account the environmental impacts arising from the construction of such future facilities.

However, it was apparent that all the facilities in issue would be subject at later dates either to provincial review under the James Bay Agreement or to review by other federal departments under the *EARP Guidelines Order* or other enactments. Therefore, the Board held (at pp. 39-40):

> The Board is also of the view that, to the extent that Hydro-Québec's future facilities are subjected to the *EARP Guidelines Order* review process, or any equivalent review process, and are subsequently accepted for construction, the environmental and social impacts of these projects, as well as the related public concerns, will have been adequately addressed.... The Board is therefore satisfied that to the extent that such reviews take place and the facilities are accepted for construction, then the environmental impact of the construction and operation of the facilities required to support the proposed exports will be known and mitigable with known technology.

In order to satisfy itself that these reviews would be carried out, the Board attached conditions 10 and 11 to the licences.

The respondents challenge the validity of conditions 10 and 11 on the grounds that the jurisdiction of the Board in considering an application for an export licence does not extend to the environmental effects of the construction and operation of facilities which will generate the power to be exported. As noted above, I am of the view that the jurisdiction of the Board can properly encompass such a review. The appellants, however, also challenge the validity of these conditions. They argue that to approve the Board's transfer of the responsibility for environmental review to these future processes is to permit the Board to avoid its responsibilities under the *EARP Guidelines Order*.

The conclusion of the Board in this case appears to have been, not surprisingly, that the environ-

moins, pour arriver à prendre une décision sur les demandes d'Hydro-Québec et à respecter ses obligations en vertu de la Loi et du *Décret sur le PEEE*, l'Office doit tenir compte des répercussions environnementales résultant de la construction de nouvelles installations.

Cependant, il était évident que toutes les installations en cause seraient ultérieurement soumises soit au processus d'évaluation provincial en vertu de la Convention de la Baie James, soit à une évaluation effectuée par d'autres ministères fédéraux en vertu du *Décret sur le PEEE* ou d'autres textes législatifs. En conséquence, l'Office a statué (aux pp. 39 et 40):

> L'Office est d'opinion que dans la mesure où les projets d'équipement d'Hydro-Québec se réaliseront conformément au processus d'évaluation du *Décret sur le PEEE* ou à un processus équivalent, les impacts environnementaux et sociaux de ces projets et les préoccupations du public auront fait l'objet d'examen public adéquat. [...] L'Office est donc convaincu que dans la mesure où ces examens se feront et où la construction des installations sera autorisée, l'impact environnemental de la construction et de l'exploitation des installations nécessaires pour satisfaire aux projets d'exportation sera alors connu et pourra être atténué par l'application de mesures techniques connues.

Pour s'assurer de la réalisation de ces examens, l'Office a rattaché les conditions 10 et 11 aux licences.

Les intimés contestent la validité des conditions 10 et 11 au motif que l'Office, lorsqu'il examine une demande de licence d'exportation, n'a pas la compétence d'examiner les effets sur l'environnement de la construction et du fonctionnement des installations de production de l'électricité destinée à l'exportation. Comme je l'ai déjà mentionné, je suis d'avis que la compétence de l'Office englobe un tel examen. Cependant, les appelants contestent également la validité de ces conditions. À leur avis, si l'on approuve le transfert à ces processus futurs de la responsabilité qu'il possède en matière d'examen environnemental, on autorise l'Office à se dégager des responsabilités que lui impose le *Décret sur le PEEE*.

Il n'est donc pas étonnant que l'Office paraisse avoir conclu que les effets sur l'environnement de

mental effects of the construction and operation of the planned facilities were unknown. The Board is therefore required by s. 12(*d*) of the *EARP Guidelines Order* to see either that the proposal is subjected to further study and subsequent rescreening, or that it is submitted to a public review. In my view, the conditions imposed by the Board meet in substance this obligation. They do not amount to an improper delegation of the Board's responsibility under the *EARP Guidelines Order*. Rather, they are an attempt to avoid the duplication warned against in the Order, while continuing the jurisdiction of the Board over this matter.

la construction et du fonctionnement des installations prévues étaient inconnus. Dans un tel cas, l'Office est tenu, en vertu de l'al. 12*d*) du *Décret sur le PEEE*, de veiller à ce qu'une telle proposition soit soumise à d'autres études suivies d'un autre examen ou qu'elle fasse l'objet d'un examen public. À mon avis, l'Office a, pour l'essentiel, satisfait à cette obligation en imposant les conditions. Celles-ci ne constituent pas une délégation erronée de la responsabilité de l'Office en vertu du *Décret sur le PEEE*. Elles tentent plutôt d'éviter le double emploi dont fait mention le Décret, tout en préservant la compétence de l'Office sur cette question.

In the same way that the *EARP Guidelines Order* does not require an initiating department to wait for the results of a public review before proceeding with a proposal (see *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)* (1989), 4 C.E.L.R. (N.S.) 201 (F.C.T.D.), aff'd [1991] 1 F.C. 641 (C.A.)), it does not require the Board to suspend its decision-making until the environmental assessment of all future generating facilities is completed. In this appeal, it is presently unclear exactly when and to what extent these contemplated facilities will be used to fulfil the requirements of the export contracts. This will not be known with certainty until those portions of the contract arise for completion. It is not unreasonable for the Board to exert some control over the timing of this process, while at the same time waiting for the results of environmental reviews which will be tailored to the specifications of the facilities as they are actually constructed.

Tout comme il n'exige pas d'un ministère responsable qu'il attende les résultats d'un examen public avant d'entreprendre un projet (voir l'arrêt *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (1989), 4 C.E.L.R. (N.S.) 201 (C.F. 1re inst.), conf. par [1991] 1 C.F. 641 (C.A.)), le *Décret sur le PEEE* n'exige pas qu'il suspende l'exercice de son pouvoir décisionnel jusqu'à ce que soit terminée l'évaluation environnementale de toutes les futures installations de production. En l'espèce, on ne sait pas exactement quand et dans quelle mesure les installations envisagées seront utilisées pour satisfaire aux exigences des contrats d'exportation. Il faudra attendre au moment de la réalisation de ces portions du contrat pour savoir exactement à quoi s'en tenir. Il est raisonnable que l'Office exerce un certain contrôle sur l'ordonnancement du processus, tout en attendant les résultats des évaluations environnementales qui seront réalisées en fonction des devis des installations au moment où elles seront construites.

This case appears to me to be just such a situation where the nature of the proposal means that the flexibility of the process set out in the *EARP Guidelines Order* is helpful. In this regard, I adopt the words of Reed J. of the Trial Division of the Federal Court in *Friends of the Island Inc. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1993] 2 F.C. 229, where she stated (at p. 264):

Le présent pourvoi me semble être précisément un cas où, compte tenu de la nature de la proposition, la souplesse du processus prévu dans le *Décret sur le PEEE* est utile. Sur ce point, je fais miens les propos du juge Reed de la Section de première instance de la Cour fédérale dans la décision *Friends of the Island Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1993] 2 C.F. 229, dans laquelle elle affirme, à la p. 264:

It is not disputed that it is preferable to identify potential environmental concerns relating to a project before private sector developers (or public sector developers for that matter) proceed to a final design. It is also desirable to use the process as a planning tool and to avoid duplication. I am not convinced however that it is useful to consider whether the Guidelines Order requires the assessment of [a] proposal at the concept stage or at a more specific design stage. What is required may very well depend on the type of project being reviewed. What does seem clear is that the assessment is required to take place at a stage when the environmental implications can be fully considered (s. 3) and when it can be determined whether there may be any potentially adverse environmental effects (s. 10(1)). [Emphasis in original.]

Tous s'accordent pour dire qu'il est préférable de cerner les effets sur l'environnement que peut avoir un projet avant que les promoteurs du secteur privé (ou du secteur public, quant à cela) ne dressent les plans définitifs. Il est également souhaitable d'utiliser le processus comme instrument de travail au cours de l'étape de la planification et d'éviter le double emploi. Je ne suis cependant pas convaincue qu'il soit utile de décider si le Décret sur les lignes directrices exige l'évaluation de la proposition au stade conceptuel ou durant une autre étape de conception plus détaillée. Ce qui est exigé peut très bien dépendre du type de projet examiné. Ce qui semble clair, c'est que l'évaluation doit être faite durant une étape où les répercussions environnementales peuvent être examinées (art. 3) et où il est possible de déterminer la nature et l'étendue des effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement (par. 10(1)).

The Board retains the power, through s. 119.093(1) of the *National Energy Board Act,* to revoke the licences if the conditions are not fulfilled. The conditions relate to contemplated environmental review and regulation in the federal sphere. By proceeding in this way, the full environmental effects of the proposals are known to the Board before the construction is to proceed, and before the decision to grant the licences is irrevocable. At the same time, duplication is minimized and Hydro-Québec is not required to provide concrete evidence of the effects of proposals for future construction still some years away. The Board has thus fulfilled its mandate under the *EARP Guidelines Order* in a manner which, I would add, is not unreasonable in the circumstances.

L'Office conserve, en vertu du par. 119.093(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, le pouvoir d'annuler une licence en cas de contravention aux conditions qu'elle renferme. Les conditions ont trait à l'évaluation et à la réglementation de nature environnementale dans la sphère fédérale. En procédant ainsi, l'Office est au courant de tous les effets des propositions sur l'environnement avant le début des travaux de construction et avant que la décision de délivrer les licences ne devienne irrévocable. Il se trouve en même temps à minimiser le double emploi; en outre, Hydro-Québec n'aura pas, avant plusieurs années, à fournir de preuve tangible quant aux effets des projets de construction. L'Office a en conséquence rempli le mandat que lui confie le *Décret sur le PEEE* d'une façon qui est, je tiens à le préciser, raisonnable dans les circonstances.

VI. Conclusion and Disposition

At issue in this appeal are jurisdictional facts. While it is the proper function of this Court to determine whether the Board erred in the exercise of its jurisdiction, this Court will not interfere with the factual findings of the Board on which it bases that exercise, where there is some evidence to support its findings. I conclude that the appellants were given a full and fair opportunity to be heard before the Board, and that the Board had sufficient evidence to reach the conclusions which it did. In particular, I find that the order as set out by the

VI. Conclusion et dispositif

La question en litige porte sur des faits attributifs de compétence. Bien qu'il appartienne à notre Cour de déterminer si l'Office a commis une erreur dans l'exercice de sa compétence, elle ne modifiera pas les conclusions de fait sur lesquelles il s'est fondé s'il existe certains éléments de preuve à l'appui. Je conclus que les appelants ont eu pleinement et équitablement la possibilité d'être entendus par l'Office, et que celui-ci avait suffisamment d'éléments de preuve pour conclure comme il l'a fait. Plus particulièrement, j'estime que l'ordon-

Board neither exceeded nor avoided the scope of the Board's review in the area of the environmental impact of the proposed exports.

The reinstatement of the order as made by the Board is not the result sought by either the appellants or the respondents Hydro-Québec and the Attorney General of Quebec. This does not mean, however, that such a result is beyond the jurisdiction of this Court. Both the appellants and the respondents appealed the decision of the Board to the Federal Court of Appeal. These appeals were consolidated, and the court ruled that the appeal of the present appellants should be dismissed, and the appeal of the respondents allowed. It is this decision, *in toto*, that the appellants appeal to this Court.

I am of the view that the Court of Appeal erred in allowing the appeal of the respondents, and that it should have dismissed both appeals. This Court has jurisdiction to make the order that the court below should have made. Accordingly, the appeal is allowed, the judgment of the Federal Court of Appeal is set aside, and the order of the Board restored. Given the nature of the result, each party will bear its own costs here and in the court below.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellants: Robert Mainville & Associés, Montréal.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Jean-Marc Aubry, Ottawa.

Solicitors for the respondent the Attorney General of Quebec: Pierre Lachance and Jean Bouchard, Ste-Foy.

Solicitors for the respondent Hydro-Québec: Ogilvy Renault, Montréal.

Solicitor for the respondent the National Energy Board: Judith B. Hanebury, Calgary.

nance rendue par l'Office n'outrepassait ni ne contournait la portée de l'examen en matière d'incidences environnementales des exportations proposées.

Ni les appelants ni les intimés Hydro-Québec et le procureur général du Québec n'ont demandé le rétablissement de l'ordonnance rendue par l'Office. Cela ne signifie toutefois pas que notre Cour n'a pas compétence pour ordonner son rétablissement. Les appelants et les intimés ont interjeté appel contre la décision de l'Office devant la Cour fédérale du Canada. Ces appels ont été fusionnés, et la cour a statué que l'appel des appelants actuels devrait être rejeté et celui des intimés accueilli. C'est contre cette décision, dans sa totalité, que les appelants ont interjeté appel devant notre Cour.

Je suis d'avis que la Cour d'appel a commis une erreur en accueillant l'appel des intimés et qu'elle aurait dû rejeter les deux appels. Notre Cour a compétence pour rendre l'ordonnance que le tribunal de juridiction inférieure aurait dû rendre. En conséquence, le pourvoi est accueilli, le jugement de la Cour d'appel fédérale est annulé et l'ordonnance de l'Office est rétablie. Compte tenu de la nature de la décision, chacune des parties assumera ses dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli.

Procureurs des appelants: Robert Mainville & Associés, Montréal.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada: Jean-Marc Aubry, Ottawa.

Procureurs de l'intimé le procureur général du Québec: Pierre Lachance et Jean Bouchard, Ste-Foy.

Procureurs de l'intimée Hydro-Québec: Ogilvy Renault, Montréal.

Procureur de l'intimé l'Office national de l'énergie: Judith B. Hanebury, Calgary.

Solicitor for the interveners: Gregory J. McDade, Vancouver.

Procureur des intervenants: Gregory J. McDade, Vancouver.

Mobil Oil Canada, Ltd., Gulf Canada Resources Limited, Petro-Canada Inc. and Chevron Canada Resources Limited *Appellants*

v.

Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board *Respondent*

INDEXED AS: MOBIL OIL CANADA LTD. *v.* CANADA-NEWFOUNDLAND OFFSHORE PETROLEUM BOARD

File No.: 22948.

1993: November 30; 1994: February 24.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

Oil and gas — Offshore exploration — Application for declaration of significant discovery — Application based upon results of offshore well which had been subject of earlier significant discovery declaration — Whether application made under s. 71(1) of the Canada-Newfoundland Atlantic Accord Implementation Act requires drilling of fresh offshore well — Whether Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board must refer application to Oil and Gas Committee — Canada-Newfoundland Atlantic Accord Implementation Act, S.C. 1987, c. 3, ss. 47, 71(1), 124.

Administrative law — Duty to act fairly — Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board — Board chairman refusing to put application for declaration of significant discovery before Board because it was based upon results of offshore well which had been subject of earlier significant discovery declaration — Whether applicant was entitled to a hearing — If applicant's right to be heard was denied, whether remedies sought should be granted.

The appellant companies, interest owners under a gas exploration licence, drilled an offshore well near the coast of Newfoundland in 1982. They later requested a "significant discovery declaration" ("SDD") in respect of that well and 41 surrounding sections under the

Mobil Oil Canada, Ltd., Ressources Gulf Canada Limitée, Petro-Canada Inc. et Chevron Canada Resources Limited *Appelantes*

c.

Office Canada—Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers *Intimé*

RÉPERTORIÉ: MOBIL OIL CANADA LTD. *c.* OFFICE CANADA—TERRE-NEUVE DES HYDROCARBURES EXTRACÔTIERS

N° du greffe: 22948.

1993: 30 novembre; 1994: 24 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Pétrole et gaz — Exploration extracôtière — Demande de déclaration de découverte importante — Demande fondée sur les résultats d'un puits extracôtier ayant déjà fait l'objet d'une déclaration de découverte importante — Une demande déposée en vertu de l'art. 71(1) de la Loi de mise en œuvre de l'Accord atlantique Canada—Terre-Neuve exige-t-elle le forage d'un nouveau puits extracôtier? — L'Office Canada—Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers doit-il renvoyer la demande au Comité des hydrocarbures? — Loi de mise en œuvre de l'Accord atlantique Canada—Terre-Neuve, L.C. 1987, ch. 3, art. 47, 71(1), 124.

Droit administratif — Obligation d'agir équitablement — Office Canada—Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers — Refus du président de l'Office de soumettre à l'Office la demande de déclaration de découverte importante parce qu'elle était fondée sur les résultats d'un puits extracôtier ayant déjà fait l'objet d'une déclaration de découverte importante — La requérante avait-elle droit à une audience? — S'il y a eu négation du droit de la requérante d'être entendue, les redressements recherchés devraient-ils être accordés?

Les sociétés appelantes, titulaires d'un permis de prospection gazière, ont foré un puits extracôtier près des côtes de Terre-Neuve en 1982. Elles ont plus tard demandé une «déclaration de découverte importante» («DDI») à l'égard de ce puits et de 41 sections environ-

Canada Oil and Gas Act, which governed offshore activity at the time, but the Minister of Energy, Mines and Resources made an SDD covering only 11 sections. In 1990, after the *Canada Oil and Gas Act* was repealed, the companies applied to the Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board, pursuant to s. 71 of the *Canada-Newfoundland Atlantic Accord Implementation Act* (the "*Implementation Act*"), for an SDD comprising 25 sections, 19 of which were part of the original SDD application. Section 71(1) provides in part that "where a significant discovery has been made on any portion of the offshore area" described in an exploration licence, the "Board shall, on the application of the interest holder . . . make a written declaration of significant discovery" based upon "reasonable grounds". The Chairman of the Board responded by letter that the application would not be put before the Board because any application for an additional significant discovery would have to be based upon the results of a fresh well. Since the 1990 application was based upon the original well, it could not be considered a bona fide application pursuant to s. 71. The companies applied to the Newfoundland Supreme Court, Trial Division seeking an order in the nature of *certiorari* to quash the Chairman's decision, and an order in the nature of mandamus to compel the Board to consider the 1990 application in accordance with s. 124 of the *Implementation Act*, which defines the nature of an oral hearing that may take place before the Oil and Gas Committee. The trial judge held that the companies did not receive the required hearing in respect of their 1990 application and the requested orders issued. The Board appealed. The Newfoundland Court of Appeal affirmed the trial judge's *certiorari* decision, but varied the mandamus order. The court held that the companies were entitled to an initial hearing before the Board, not the Committee. The companies appealed, and the Board cross-appealed.

Held: The appeal should be dismissed and the cross-appeal allowed.

An SDD application under s. 71(1) of the *Implementation Act* must involve an offshore well which has never been the subject of an earlier SDD. It is clear that under the *Canada Oil and Gas Act*, new SDDs required a well to be drilled, and amendments required further drilling. The "further drilling" requirement to amend the areal extent of an existing SDD has been largely preserved in s. 71(4) of the *Implementation Act* and

nantes en vertu de la *Loi sur le pétrole et le gaz du Canada*, qui régissait les activités extracôtières à l'époque, mais le ministre de l'Énergie des Mines et des Ressources a fait une DDI couvrant seulement 11 sections. En 1990, après l'abrogation de la *Loi sur le pétrole et le gaz du Canada*, les sociétés ont demandé à l'Office Canada—Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers, en application de l'art. 71 de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord atlantique Canada—Terre-Neuve* (la «*Loi de mise en œuvre*»), une DDI comprenant 25 sections, dont 19 avaient été visées par la demande initiale. Le paragraphe 71(1) prévoit notamment que «l'Office, sur demande à lui faite par le titulaire intéressé [. . .], fait par écrit une déclaration de découverte importante portant sur les parties de la zone» décrites dans un permis de prospection, en se fondant sur des «motifs sérieux». Le président de l'Office a répondu par lettre disant que la demande ne serait pas soumise à l'Office parce que toute demande visant une découverte importante additionnelle devrait être fondée sur les résultats d'un nouveau puits. Parce que la demande de 1990 se fondait sur le puits initial, elle ne pouvait être considérée comme une demande valable faite en vertu de l'art. 71. Les sociétés ont demandé à la Cour suprême de Terre-Neuve, Section de première instance, la délivrance d'une ordonnance tenant d'un *certiorari* qui annulerait la décision du président ainsi que la délivrance d'une ordonnance tenant d'un *mandamus* qui forcerait l'Office à examiner la demande de 1990 conformément à l'art. 124 de la *Loi de mise en œuvre*, qui précise la nature de l'audience qui peut avoir lieu devant le Comité des hydrocarbures. Le juge de première instance a conclu que les sociétés n'avaient pas bénéficié de l'audience requise concernant leur demande de 1990, et les ordonnances sollicitées ont été rendues. L'Office a interjeté appel. La Cour d'appel de Terre-Neuve a confirmé la décision du juge de première instance concernant le *certiorari*, mais a modifié l'ordonnance de *mandamus*. La cour a statué que les sociétés avaient droit à une audience initiale devant l'Office et non devant le Comité. Les sociétés ont formé un pourvoi et l'Office, un pourvoi incident.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté et le pourvoi incident est accueilli.

Une demande de DDI fondée sur le par. 71(1) de la *Loi de mise en œuvre* doit porter sur un puits extracôtier qui n'a jamais fait l'objet d'une DDI. Il est clair que, sous la *Loi sur le pétrole et le gaz du Canada*, une nouvelle DDI exigeait le forage d'un puits et qu'il fallait des forages subséquents pour que des modifications puissent y être apportées. L'exigence de «forages subséquents» pour modifier le périmètre visé par une DDI existante a

strongly suggests that the traditional well requirement is part of the new scheme. Further, if amendments to an existing SDD could be achieved using s. 71(1), s. 71(4) would be rendered meaningless. Section 47 of the *Implementation Act* also supports the conclusion that a well requirement exists for s. 71(1) SDD applications. That section indicates that a significant discovery occurs only once in respect of a particular geological feature. The reference to the "first well" in s. 47 is intended to mean the "first and only well" existing at the time of an SDD application. The companies' 1990 application in this case could not have succeeded as a matter of law since it was in substance an application to amend the earlier SDD based upon the first well. The 1990 application should not be treated in a special way because the earlier SDD was obtained under the *Canada Oil and Gas Act*. Under s. 127(2) of the *Implementation Act*, pre-existing SDDs, like SDDs arising under s. 71, are amendable only upon "further drilling" pursuant to s. 71(4).

When a significant discovery application is submitted to the Board by an interest holder pursuant to s. 71(1) of the *Implementation Act*, the Board is required to refer the application to the independent Oil and Gas Committee at the instance of the applicant whenever technical decisions are at issue. The language of s. 71, in particular the phrase "subject to section 124" in s. 71(1), (2) and (4), indicates that SDD decisions by the Board which involve technical considerations presuppose the potential involvement of the Committee. Section 124 of the *Implementation Act* permits a significant inquiry into whether "reasonable grounds" for an SDD exist for the purposes of s. 71(1) and provides some assurance that interest holders have ample opportunity to prove an entitlement objectively before the Committee. Although the Committee thus has a leading role to play, the Board and its agents can exercise a residual authority in respect of s. 71(1) applications. Here, the question of whether an SDD application can be made in the absence of a fresh well is a non-technical issue which could not have benefited from Committee input. The Board therefore had jurisdiction to reject the 1990 application on a preliminary basis, without permitting a Committee reference.

The impugned decision, however, did not respect the principles of natural justice. The "final nature" of the s.

été largement préservée au par. 71(4) de la *Loi de mise en œuvre* et donne fortement à entendre que l'exigence traditionnelle en matière de puits fait partie du nouveau régime. De plus, si on peut modifier une DDI existante en utilisant le par. 71(1), le par. 71(4) perdrait tout sens. L'article 47 de la *Loi de mise en œuvre* appuie également la conclusion qu'il existe une exigence en matière de puits pour les demandes de DDI faites en vertu du par. 71(1). Cette disposition indique qu'il ne peut y avoir qu'une découverte par structure géologique particulière. En mentionnant le «premier puits» à l'art. 47, on a voulu parler du «premier et seul puits» existant au moment d'une demande de DDI. La demande de 1990 en l'espèce n'aurait pas pu réussir sur le plan juridique puisqu'il s'agissait essentiellement d'une demande de modification de la DDI antérieure fondée sur le premier puits. La demande de 1990 ne devrait pas être traitée d'une façon particulière parce que la DDI antérieure a été obtenue en vertu de la *Loi sur le pétrole et le gaz du Canada*. En vertu du par. 127(2) de la *Loi de mise en œuvre*, les DDI préexistantes, comme les DDI obtenues en vertu de l'art. 71, ne peuvent être modifiées qu'après «d'autres forages» conformément au par. 71(4).

Lorsqu'une demande relative à une découverte importante est soumise à l'Office par le titulaire intéressé, en application du par. 71(1) de la *Loi de mise en œuvre*, l'Office est tenu de déférer la demande à un comité indépendant, le Comité des hydrocarbures, sur les instances du requérant chaque fois que des décisions techniques sont en cause. Le texte de l'art. 71, en particulier les expressions «sous réserve de l'article 124» et «assujetti à l'art. 124» des par. 71(1), (2) et (4) indiquent que les décisions de l'Office en matière de DDI qui comportent des considérations techniques présupposent la participation possible du Comité. L'article 124 de la *Loi de mise en œuvre* permet de procéder à une enquête poussée sur la question de savoir si une DDI est fondée sur des «motifs sérieux» aux fins du par. 71(1) et assure jusqu'à un certain point que les titulaires intéressés ont amplement l'occasion d'établir objectivement leur droit devant le Comité. Bien que le Comité ait ainsi un rôle de premier plan à jouer, l'Office et ses représentants peuvent exercer un pouvoir résiduel à l'égard des demandes fondées sur le par. 71(1). En l'espèce, la question de savoir si une demande de DDI peut être faite en l'absence d'un nouveau puits est une question non technique à laquelle la participation du Comité n'aurait pas permis de mieux répondre. L'Office avait donc compétence pour rejeter de façon préliminaire la demande de 1990, sans permettre un renvoi au Comité.

La décision contestée de l'Office ne respecte cependant pas les principes de justice naturelle. La «nature

71(1) decisions, the important relationship between the Board and the interest owners, and the effect of the s. 71(1) decisions on the interest owners' investment, gave rise to a duty to act fairly on the part of the Board. A right of procedural fairness could also be inferred from the statutory regime itself. Indeed, it would be inconsistent with the overall concern for procedure in s. 124 to suppose that the Board could reject a novel legal argument without affording the applicant any procedural protection. While the *Implementation Act* absolutely cannot support the novel interpretation of s. 71(1) advocated by the companies, it goes too far to pretend that they did not deserve a full hearing, which could have been effected in writing, in respect of this interpretation. The Chairman's response was the product of an improper subdelegation of the Board's authority which effectively interrupted the companies' procedural guarantees. However, the exceptional circumstances of this case involve a heightened regard for finality and judicial economy. Under these circumstances, it is appropriate to withhold the discretionary remedies sought by the companies. It would be nonsensical to quash the Chairman's decision and to compel the Board to consider the companies' 1990 application now, since the Board would be bound in law to reject that application by the decision of this Court.

Cases Cited

Referred to: *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Homex Realty and Development Co. v. Corporation of the Village of Wyoming*, [1980] 2 S.C.R. 1011; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *R. v. Monopolies and Mergers Commission*, [1986] 1 W.L.R. 763.

Statutes and Regulations Cited

Canada-Newfoundland Atlantic Accord Implementation Act, S.C. 1987, c. 3, ss. 2 "fundamental decision", 17(1), 30, 47 "significant discovery", "significant discovery area", 51, 69, 70(1), 71(1), (2), (4), 96, 119 "exploratory well", 124, 127(2), 142(1), (2).

Canada-Newfoundland Atlantic Accord Implementation (Newfoundland) Act, S.N. 1986, c. 37.

définitive» des décisions fondées sur le par. 71(1), l'importante relation entre l'Office et les titulaires de permis et l'effet sur l'investissement des titulaires des décisions fondées sur le par. 71(1) donnent naissance à une obligation d'agir équitablement de la part de l'Office. Un droit à l'équité procédurale pourrait également être inféré du régime législatif lui-même. En fait, il serait contraire à la préoccupation globale en matière de procédure que contient l'art. 124 de supposer que l'Office pourrait rejeter un argument juridique nouveau sans fournir aucune protection procédurale au requérant. Bien que la *Loi de mise en œuvre* ne puisse absolument pas étayer l'interprétation nouvelle du par. 71(1) préconisée par les sociétés, il ne faut pas aller jusqu'à prétendre qu'elles ne méritaient pas une audience complète qui aurait pu avoir lieu par écrit, relativement à cette interprétation. La réponse du président était le fruit d'une subdélégation irrégulière du pouvoir de l'Office, qui a effectivement court-circuité les garanties procédurales des sociétés. Cependant, les circonstances exceptionnelles de l'espèce impliquent un souci plus grand à l'égard de la solution définitive des litiges et des impératifs de l'économie judiciaire. Dans ces circonstances, il convient de ne pas accorder les redressements discrétionnaires demandés par les sociétés. Il serait absurde d'annuler la décision du président et de forcer l'Office à examiner maintenant la demande présentée par les sociétés en 1990 étant donné que l'Office serait juridiquement tenu de rejeter cette demande, en raison de l'arrêt de notre Cour.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Homex Realty and Development Co. c. Corporation of the Village of Wyoming*, [1980] 2 R.C.S. 1011; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *R. c. Monopolies and Mergers Commission*, [1986] 1 W.L.R. 763.

Lois et règlements cités

Arrêté nº 0-6 (1986) sur des déclarations de découvertes importantes, TR/86-156.

Canada-Newfoundland Atlantic Accord Implementation (Newfoundland) Act, S.N. 1986, ch. 37.

Loi de mise en œuvre de l'Accord atlantique Canada—Terre-Neuve, L.C. 1987, ch. 3, art. 2 «décision majeure», 17(1), 30, 47 «découverte importante»,

Canada Oil and Gas Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 81 [rep. 1986, c. 45, s. 130], s. 44(1), (3).
Declarations of Significant Discoveries Order No. 0-6 (1986), SI/86-156.

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, 2nd Sess., 33rd Parl., March 2, 1987, p. 3707.
Canada. House of Commons. Legislative Committee on Bill C-6. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 1, November 4, 1986, p. 1:48.
Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Translated by Katherine Lippel, John Philpot and William Schabas. Cowansville: Yvon Blais, 1991.
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Oxford English Dictionary, vol. IV, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "discovery".
Wade, William, Sir. *Administrative Law*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 95, 301 A.P.R. 95, dismissing the Board's appeal but varying the mandamus order made by Wells J. (1990), 87 Nfld. & P.E.I.R. 58, 271 A.P.R. 58. Appeal dismissed and cross-appeal allowed.

Michael F. Harrington, Q.C., for the appellants.

T. B. Smith, Q.C., and *Angus Taylor*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. — The legislative context of this appeal is the statutory regime which governs petroleum exploration and development in the Newfoundland offshore region. In brief, a group of resource companies sought a kind of statutory interest in respect of an offshore area. Those companies failed to acquire the interest sought, and they allege that they were entitled to a hearing which they did not receive. In response, the regula-

«périmètre de découverte importante», 51, 69, 70(1), 71(1), (2), (4), 96, 119 «puits d'exploration», 124, 127(2), 142(1), (2).
Loi sur le pétrole et le gaz du Canada, S.C. 1980-81-82-83, ch. 81 [abr. 1986, ch. 45, art. 130], art. 44(1), (3).

Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. Comité législatif sur le projet de loi C-6. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule nº 1, le 4 novembre 1986, p. 1:48.
Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, 2e sess., 33e lég., le 2 mars 1987, p. 3707.
Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Oxford English Dictionary, vol. IV, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, «discovery».
Wade, William, Sir. *Administrative Law*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 95, 301 A.P.R. 95, qui a rejeté l'appel de l'Office mais a modifié l'ordonnance de *mandamus* rendue par le juge Wells (1990), 87 Nfld. & P.E.I.R. 58, 271 A.P.R. 58. Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli.

Michael F. Harrington, c.r., pour les appelantes.

T. B. Smith, c.r., et *Angus Taylor*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi a pour cadre législatif le régime applicable à la prospection et à la mise en valeur des hydrocarbures dans la zone extracôtière de Terre-Neuve. En bref, un groupe de sociétés d'exploitation de ressources ont demandé qu'un genre de titre légal leur soit accordé à l'égard d'un périmètre extracôtier. N'ayant pas réussi à obtenir le titre demandé, elles allèguent qu'on ne leur a pas accordé l'audience à

tory board which controls the issuance of offshore interests submits that the resource companies were treated justly, and invites this Court to determine whether the kind of interest sought can properly be acquired in the absence of a new offshore well.

I. Facts

Mobil Oil Canada, Ltd., Gulf Canada Resources Limited, Petro-Canada Inc. and Chevron Canada Resources Limited (the "companies") are interest owners under Gas Exploration Licence 288. As owners, they are entitled to search for oil and gas in a defined portion of the continental shelf located off the coast of Newfoundland. Mobil Oil Canada, Ltd. ("Mobil Oil") is the operator responsible for exploration and lands administration.

The Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board (the "Board") is a body established by complementary federal and provincial legislation. The *Canada-Newfoundland Atlantic Accord Implementation Act*, S.C. 1987, c. 3, and *The Canada-Newfoundland Atlantic Accord Implementation (Newfoundland) Act*, S.N. 1986, c. 37, jointly invest the Board with jurisdiction in respect of the scheme governing offshore hydrocarbon exploration and development. When it is necessary to make statutory references in these reasons, I will, for the sake of convenience, refer only to the federal *Implementation Act*.

In 1982, the companies drilled a well as permitted by Exploration Licence 288. That well is known as the Nautilus C-92 discovery well (the "Nautilus well"). Offshore activity was, at the time, governed by the *Canada Oil and Gas Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 81, and the Canada Oil and Gas Lands Administration ("COGLA") was charged with the statute's administration.

laquelle elles avaient droit. En réponse, l'office de réglementation responsable de la délivrance des titres extracôtiers soutient que les sociétés en question ont été traitées justement et il invite notre Cour à déterminer si le genre de titre demandé peut à bon droit s'acquérir en l'absence d'un nouveau puits extracôtier.

I. Les faits

Mobil Oil Canada, Ltd., Ressources Gulf Canada Limitée, Petro-Canada Inc. et Chevron Canada Resources Limited (les «sociétés») sont titulaires du permis de prospection gazière 288. À ce titre, elles ont le droit de faire de la prospection pétrolière et gazière dans une partie définie du plateau continental au large des côtes de Terre-Neuve. C'est Mobil Oil Canada, Ltd. («Mobil Oil») qui assume la responsabilité des opérations de prospection et de gestion foncière.

L'Office Canada—Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers (l'«Office») est un organisme établi par deux lois complémentaires, une loi fédérale et une loi provinciale. La *Loi de mise en œuvre de l'Accord atlantique Canada—Terre-Neuve*, L.C. 1987, ch. 3, et *The Canada-Newfoundland Atlantic Accord Implementation (Newfoundland) Act*, S.N. 1986, ch. 37, confèrent conjointement à l'Office compétence en matière de régime applicable à la prospection et à la mise en valeur des hydrocarbures extracôtiers. Lorsqu'il sera nécessaire, dans les présents motifs, de se reporter aux textes législatifs, je parlerai uniquement, pour des motifs de commodité, de la *Loi de mise en œuvre* fédérale.

En 1982, les sociétés ont foré un puits comme le leur permettait le permis de prospection 288. Ce puits est connu sous le nom de puits de découverte Nautilus C-92 (le «puits Nautilus»). À l'époque, les activités extracôtières étaient régies par la *Loi sur le pétrole et le gaz du Canada*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 81, dont l'application relevait de l'Administration du pétrole et du gaz des terres du Canada («APGTC»).

In 1984, the following events occurred. On June 6, the companies requested a "significant discovery declaration" ("SDD") in respect of the Nautilus well and 41 surrounding sections. Briefly, an SDD is sought because an SDD licence, unlike an exploration licence, is not statutorily limited to a fixed term, and because an SDD is a necessary step along the road to production. On June 22, COGLA advised the companies that a 14 section SDD would be recommended to the Minister of Energy, Mines and Resources (the "Minister"). In response, on July 20, the companies resubmitted their SDD application seeking 30 sections. In apparent agreement, COGLA, on August 13, informed the companies that a 30 section SDD would be recommended, but an SDD did not immediately issue.

Les événements suivants se sont déroulés en 1984. Le 6 juin, les sociétés ont demandé une «déclaration de découverte importante» («DDI») à l'égard du puits Nautilus et de 41 sections environnantes. En bref, on demande une DDI parce que, contrairement à un permis de prospection, une attestation de découverte importante n'est pas légalement limitée à une période déterminée et parce qu'une DDI est une étape nécessaire dans le cheminement vers la production. Le 22 juin, l'APGTC a avisé les sociétés qu'elle recommanderait au ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources (le «Ministre») de faire une DDI relativement à 14 sections. Les sociétés ont réagi en réitérant, le 20 juillet, leur DDI à l'égard, cette fois, de 30 sections. Apparemment d'accord, l'APGTC a, le 13 août, informé les sociétés qu'elle recommanderait de faire une DDI à l'égard de 30 sections, mais aucune DDI n'a suivi immédiatement.

In 1986, based on "a review of more recent technical evidence", COGLA revised its opinion and informed the companies that it would recommend an SDD with respect to 11 sections only. The Minister, acting upon this recommendation, made an SDD for 11 sections by way of statutory instrument in the same year: *Declarations of Significant Discoveries Order No. 0-6 (1986)*, SI/86-156, August 20, 1986. In response, Mobil Oil asked the Minister to review the matter, to exercise his discretion, and to include 30 sections in the SDD, but the Minister refused. The companies unsuccessfully applied for a writ of *certiorari* to quash the Minister's SDD decision in the Federal Court Trial Division: *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)* (1990), 35 F.T.R. 50.

En 1986, se fondant sur [TRADUCTION] «un examen d'éléments de preuve techniques plus récents», l'APGTC a changé d'avis et a informé les sociétés qu'elle ne recommanderait une DDI qu'à l'égard de 11 sections seulement. Sur la foi de cette recommandation, le Ministre a, la même année, par voie de texte réglementaire, fait une DDI relativement à 11 sections: *Arrêté nº 0-6 (1986) sur des déclarations de découvertes importantes*, TR/86-156, 20 août 1986. En réponse, Mobil Oil a demandé au Ministre de revoir la question, d'exercer son pouvoir discrétionnaire et d'inclure 30 sections dans la DDI, ce que le Ministre a refusé de faire. Les sociétés ont demandé sans succès un bref de *certiorari* en vue de faire annuler par la Section de première instance de la Cour fédérale la décision du Ministre relative à la DDI: *Mobil Oil Canada Ltd. c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)* (1990), 35 F.T.R. 50.

In 1990, after the *Canada Oil and Gas Act* was repealed, the companies applied to the Board under the new statutory regime for an SDD of 25 sections. Nineteen of the 25 sections had been part of the 1986 application. In the court of first instance, Wells J. stated that the area described in the 1990

En 1990, après l'abrogation de la *Loi sur le pétrole et le gaz du Canada*, les sociétés se sont fondées sur le nouveau régime législatif en vigueur pour demander à l'Office de faire une DDI à l'égard de 25 sections. Dix-neuf de ces 25 sections avaient été visées par la demande de 1986. En pre-

proposal "is in close proximity to a previously declared [SDD] awarded to Mobil, and very nearly surrounds it".

The Chairman of the Board responded by letter to the 1990 proposal and stated that it would not be put before the Board "[b]ecause any application for an additional significant discovery would have to be based upon the results of a well other than Nautilus C-92 and because no additional well has been drilled, your letter, which is based upon the Nautilus C-92 well, cannot be considered a bona fide application pursuant to [s.] 71" of the federal *Implementation Act*.

After receiving the Chairman's letter, the companies applied to the Newfoundland Supreme Court, Trial Division seeking an order in the nature of *certiorari* to quash the decision evident in the Chairman's letter, and an order in the nature of mandamus to compel the Board to consider the 1990 proposal in accordance with s. 124 of the federal *Implementation Act*. Briefly, s. 124 defines the nature of an oral hearing which may take place before the independent Oil and Gas Committee (the "Committee").

The trial judge held that the companies did not receive the required hearing in respect of their 1990 proposal. The requested orders in the nature of *certiorari* and mandamus issued: (1990), 87 Nfld. & P.E.I.R. 58, 271 A.P.R. 58. The Board appealed. The Newfoundland Court of Appeal affirmed the trial judge's *certiorari* decision, but varied the mandamus order. The court held that the companies were entitled to an initial hearing before the Board, not the Committee: (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 95, 301 A.P.R. 95. The companies appealed, and the Board cross-appealed.

mière instance, le juge Wells a déclaré que la zone décrite dans la proposition de 1990 [TRADUCTION] «est à proximité d'une zone visée [par une DDI] antérieurement accordée à Mobil, et l'enserre de très près».

Le président de l'Office a répondu à la proposition de 1990 par lettre dans laquelle il a déclaré que cette proposition ne serait pas soumise à l'Office [TRADUCTION] «[p]arce que toute demande visant une découverte importante additionnelle devrait être fondée sur les résultats d'un puits autre que le Nautilus C-92 et parce qu'aucun puits additionnel n'a été foré, votre lettre, qui se fonde sur le puits Nautilus C-92, ne peut être considérée comme une demande valable faite en vertu [de l'] art. 71» de la *Loi de mise en œuvre* fédérale.

Après avoir reçu la lettre du président, les sociétés ont demandé à la Cour suprême de Terre-Neuve, Section de première instance, la délivrance d'une ordonnance tenant d'un *certiorari* qui annulerait la décision qui ressortait de cette lettre ainsi que la délivrance d'une ordonnance tenant d'un *mandamus* qui forcerait l'Office à examiner la proposition de 1990 conformément à l'art. 124 de la *Loi de mise en œuvre* fédérale. Bref, l'art. 124 précise la nature de l'audience qui peut avoir lieu devant un comité indépendant, le Comité des hydrocarbures (le «Comité»).

Le juge de première instance a conclu que les sociétés n'avaient pas bénéficié de l'audience requise concernant leur proposition de 1990. Les ordonnances tenant d'un *certiorari* et d'un *mandamus* qui avaient été sollicitées ont été rendues: (1990), 87 Nfld. & P.E.I.R. 58, 271 A.P.R. 58. L'Office a interjeté appel. La Cour d'appel de Terre-Neuve a confirmé la décision du juge de première instance concernant le *certiorari*, mais a modifié l'ordonnance de *mandamus*. La cour a statué que les sociétés avaient droit à une audience initiale devant l'Office et non devant le Comité: (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 95, 301 A.P.R. 95. Les sociétés ont formé un pourvoi et l'Office, un pourvoi incident.

II. Relevant Statutory Provisions

Canada-Newfoundland Atlantic Accord Implementation Act, S.C. 1987, c. 3, ss. 47, 71(1), (2), (4), 124, 127(2)

47. In this Part,

. . .

"significant discovery" means a discovery indicated by the first well on a geological feature that demonstrates by flow testing the existence of hydrocarbons in that feature and, having regard to geological and engineering factors, suggests the existence of an accumulation of hydrocarbons that has potential for sustained production;

"significant discovery area" means, in relation to a declaration of significant discovery made pursuant to subsection 71(1) or (2), those portions of the offshore area described in the declaration.

71. (1) Subject to section 124, where a significant discovery has been made on any portion of the offshore area that is subject to an interest or a share therein held in accordance with section 66, the Board shall, on the application of the interest holder of the interest or the share thereof made in the form and manner and containing such information as may be prescribed, make a written declaration of significant discovery in relation to those portions of the offshore area in respect of which there are reasonable grounds to believe that the significant discovery may extend.

(2) Where a significant discovery has been made on any portion of the offshore area, the Board may, by order subject to section 124, make a declaration of significant discovery in relation to those portions of the offshore area in respect of which there are reasonable grounds to believe the significant discovery may extend.

. . .

(4) Subject to subsection (5), where a declaration of significant discovery is made pursuant to subsection (1) or (2) and, based on the results of further drilling, there are reasonable grounds to believe that a discovery is not a significant discovery or that the portions of the offshore area to which the significant discovery extends

II. Dispositions législatives pertinentes

Loi de mise en œuvre de l'Accord atlantique Canada—Terre-Neuve, L.C. 1987, ch. 3, art. 47, 71(1), (2), (4), 124, 127(2)

47. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

. . .

«découverte importante» Découverte faite par le premier puits qui, pénétrant une structure géologique particulière, y met en évidence, d'après des essais d'écoulement, l'existence d'hydrocarbures et révèle, compte tenu de facteurs géologiques et techniques, l'existence d'une accumulation de ces substances offrant des possibilités de production régulière.

«périmètre de découverte importante» Les périmètres de la zone extracôtière objet d'une découverte importante et décrits dans une déclaration faite sous le régime des paragraphes 71(1) ou (2).

71. (1) Sous réserve de l'article 124, l'Office, sur demande à lui faite par le titulaire intéressé et établie sur formulaire, selon les modalités réglementaires, fait par écrit une déclaration de découverte importante portant sur les parties de la zone visées par un titre, ou une fraction visée à l'article 66, où la découverte a été faite, s'il existe des motifs sérieux de les croire objet de la découverte.

(2) L'Office peut, par arrêté assujetti à l'article 124, faire une déclaration de découverte importante portant sur les parties où la découverte a été faite, s'il existe des motifs sérieux de les croire objet de la découverte.

. . .

(4) Sous réserve du paragraphe (5), s'il y a des motifs sérieux de croire, d'après les résultats d'autres forages, qu'une découverte n'est pas importante ou que les parties en cause diffèrent du périmètre de découverte importante, l'Office peut, sous réserve de l'article 124 et compte tenu des circonstances, modifier la déclaration

differ from the significant discovery area, the Board may, subject to section 124 and as appropriate in the circumstances,

(*a*) amend the declaration of significant discovery by increasing or decreasing the significant discovery area; or

(*b*) revoke the declaration.

124. (1) In this section, "Committee" means the Oil and Gas Committee established by Part III.

(2) The Board shall, not less than thirty days before making any order or decision or taking any action in respect of which it is expressly stated in this Part to be subject to this section, give notice in writing to the persons the Board considers to be directly affected by the proposed order, decision or action.

(3) Any person receiving a notice under subsection (2) may, in writing, request a hearing within the thirty day period referred to in that subsection and, on receipt of such a request, the Board shall direct the Committee to appoint a time and place for a hearing and give notice thereof to the person who requested the hearing.

(4) Any person requesting a hearing under subsection (3) may make representations and introduce witnesses and documents at the hearing.

(5) For the purposes of a hearing requested under subsection (3), the Committee has, regarding the attendance, swearing and examination of witnesses and the production and inspection of documents, all such powers, rights and privileges as are vested in a superior court of record.

(6) On the conclusion of the hearing, the Committee shall submit to the Board its recommendations concerning the proposed order, decision or action of the Board, together with the evidence and other material that was before the Committee.

(7) Before making any order or decision or taking any action in respect of which a hearing has been held, the Board shall consider the recommendations of the Committee.

(8) Where an order, decision or action referred to in subsection (2) is made or taken, the Board shall notify the person who requested a hearing in respect of the order, decision or action under subsection (3) and, on request by that person, publish or make available to that person the reasons for the order, decision or action.

en vue d'agrandir ou réduire le périmètre ou annuler la déclaration.

124. (1) Pour l'application du présent article, «Comité» désigne le Comité des hydrocarbures constitué par la partie III.

(2) Au moins trente jours avant de prendre un arrêté, une décision ou toute autre mesure dont la présente partie assujettit expressément la prise au présent article, l'Office en donne un avis écrit aux personnes qu'il estime directement touchées par la mesure.

(3) La partie qui reçoit l'avis peut demander, par écrit, dans le délai de trente jours prévu au paragraphe (2), la tenue d'une audience; l'Office, sur réception de la demande, enjoint au Comité de fixer la date, l'heure et le lieu de l'audience et en avise le requérant.

(4) Le requérant peut, à l'audience, faire des observations, produire des documents et faire entendre des témoins.

(5) Pour l'enquête, le Comité, en ce qui concerne la comparution, la prestation des serments et l'interrogatoire des témoins, la production et l'examen de documents, a tous les pouvoirs, droits et privilèges d'une cour supérieure d'archives.

(6) À la fin de l'enquête, le Comité remet ses conclusions à l'Office quant aux mesures à prendre ainsi que les éléments de preuve et autres pièces en sa possession.

(7) Avant de prendre quelque mesure à la suite de l'audience, l'Office tient compte des recommandations du Comité.

(8) Le ministre avise le requérant de la mesure et, à la demande de celui-ci, en rend les motifs publics ou accessibles.

(9) An order, decision or action referred to in subsection (2) takes effect as of

(*a*) the day that immediately follows the last day of the thirty day period referred to in that subsection, where no hearing is requested under subsection (3); or

(*b*) the day that the order or decision is made or the action is taken by the Board, where a hearing is requested under subsection (3).

(10) Any order, decision or action in respect of which a hearing is held under this section is subject to review and to be set aside by the Trial Division of the Supreme Court of Newfoundland.

127. . . .

(2) Where a declaration of significant discovery was made under section 44 of the *Canada Oil and Gas Act* and is in force on the coming into force of this section, it continues in force as it were made pursuant to section 71 of this Part.

(9) La mesure prend effet à la dernière des dates suivantes:

a) le lendemain de l'expiration du délai prévu au paragraphe (2), dans le cas où aucune audition n'est demandée en vertu du paragraphe (3);

b) la date de la prise de la mesure, dans le cas contraire.

(10) La mesure objet d'une audition au titre du présent article peut être révisée et annulée par la division de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve.

127. . . .

(2) Les déclarations de découverte importante faites sous le régime de l'article 44 de la *Loi sur le pétrole et le gaz du Canada* et valides lors de l'entrée en vigueur du présent article sont maintenues en état de validité comme si elles avaient été faites sous celui de l'article 71 de la présente partie.

III. Judgments Below

Newfoundland Supreme Court, Trial Division

Wells J. asked whether the Board had satisfied ss. 71 and 124 of the federal *Implementation Act*. He said it is implicit in the words of s. 71(1), viz., "where a significant discovery has been made", that someone must decide whether a "significant discovery" exists as a preliminary matter. Wells J. said the Board advocated a "threshold test", pursuant to which s. 71(1) applications can be disregarded unless a well has been drilled, but he found no statutory authority for such a test. He denied that an overwhelming number of applications based on insufficient and inadequate technical information would arise in the absence of a threshold test. Therefore, Wells J. held that the s. 71(1) applicant is the one who should initially conclude that a significant discovery has been made. Once this occurs, "[t]he Board is then required to consider the application in some manner" (p. 66). In the alternative, Wells J. held that, even if a thresh-

III. Les juridictions inférieures

Cour suprême de Terre-Neuve, Section de première instance

Le juge Wells s'est demandé si l'Office s'était conformé aux art. 71 et 124 de la *Loi de mise en œuvre* fédérale. Selon lui, il ressort implicitement du par. 71(1), notamment des mots du texte anglais «*where a significant discovery has been made*», que quelqu'un doit décider préliminairement si une «découverte importante» a été faite. Le juge Wells a affirmé que l'Office préconisait l'application d'un «critère préliminaire» permettant d'écarter les demandes fondées sur le par. 71(1) sauf si un puits a été foré, mais il a conclu que ce critère ne reposait sur aucun fondement légal. Le juge Wells a nié qu'en l'absence d'un tel critère préliminaire il y aurait une multitude de demandes fondées sur des données techniques insuffisantes et inadéquates. Il a donc décidé que c'est au requérant en vertu du par. 71(1) qu'il revient de conclure au départ qu'une découverte importante a été faite. Le cas échéant, [TRADUCTION] «[l]'Office est alors tenu de procéder à un examen quelconque de la demande» (p. 66). Subsidiairement, le juge Wells a conclu que, même s'il convenait d'appliquer un critère

old test were appropriate, the Board, rather than the Chairman, would apply it.

Wells J. next discussed natural justice and fairness. He said that the legislators obviously "intended to provide for a high degree of procedural fairness in [SDD] applications" (p. 67). He found this intention in s. 124 of the federal *Implementation Act*, and said that "[w]here there is room for doubt as to the proper interpretation of an Act, as there may well be in this case, procedural fairness, natural justice and the right to be heard, become very important considerations" (p. 68). Wells J. held that, by failing to consider the 1990 application and by failing to grant Mobil Oil a hearing, the Board contravened the principles of natural justice and the spirit of the enabling legislation.

Finally, the companies asked Wells J. to declare that more than one SDD can be made with respect to a particular geological feature even if no additional well has been drilled. He refused the request, however, stating that it went "to the very heart of the mandate which Parliament has given to the Board" (p. 68). Wells J. quashed "the decision not to consider the application" and ordered the Board "to accept the application and to deal with it in the manner prescribed by the Act" (p. 68).

Newfoundland Court of Appeal (Gushue J.A., Mahoney and O'Neill JJ.A. concurring)

Gushue J.A. stated that "[t]he matter is essentially one of statutory interpretation" (p. 102), and asked whether Mobil Oil was entitled to a hearing before the Board which it did not receive. Gushue J.A. examined the definition of "significant discovery" in s. 47 of the federal *Implementation Act*, and noted "an apparent gap in the legislation", inasmuch as "the Act contains no specific mechanism for the determination of a significant discovery *per se*. It does not state how such is to be determined, or by whom" (p. 103). In other words, Gushue J.A. held that before the Board can act under s. 71(1) or (2), and before s. 124 can come

préliminaire, il incomberait alors à l'Office et non au président de le faire.

Le juge Wells a ensuite examiné les questions de la justice naturelle et de l'équité. Il a dit que les législateurs ont manifestement [TRADUCTION] «voulu assurer un haut niveau d'équité procédurale dans le traitement des demandes [de DDI]» (p. 67). Il a décelé cette intention à l'art. 124 de la *Loi de mise en œuvre* fédérale et a affirmé que [TRADUCTION] «[l]orsqu'il peut y avoir des doutes quant à la bonne façon d'interpréter une loi, comme ce peut bien être le cas en l'espèce, l'équité procédurale, la justice naturelle et le droit d'être entendu deviennent des considérations très importantes» (p. 68). Le juge Wells a conclu qu'en omettant d'examiner la demande de 1990 et d'accorder une audience à Mobil Oil, l'Office a contrevenu aux principes de justice naturelle et à l'esprit de la loi habilitante.

Enfin, les sociétés ont demandé au juge Wells de déclarer que plus d'une DDI peut être faite à l'égard d'une structure géologique particulière, même si aucun puits additionnel n'a été foré. Le juge a toutefois rejeté la demande en affirmant qu'elle touchait [TRADUCTION] «au cœur même du mandat que le Parlement a confié à l'Office» (p. 68). Il a annulé [TRADUCTION] «la décision de ne pas examiner la demande» et a ordonné à l'Office [TRADUCTION] «d'accepter la demande et de la traiter de la manière prévue par la Loi» (p. 68).

Cour d'appel de Terre-Neuve (le juge Gushue, avec l'appui des juges Mahoney et O'Neill)

Le juge Gushue a affirmé qu'[TRADUCTION] «[i]l s'agit essentiellement d'une question d'interprétation législative» (p. 102) et il s'est demandé si Mobil Oil avait droit à une audience que l'Office ne lui a pas accordée. Il a examiné la définition de l'expression «découverte importante» que l'on trouve à l'art. 47 de la *Loi de mise en œuvre* fédérale, et a souligné l'existence d'[TRADUCTION] «une lacune apparente dans la Loi» en ce sens que [TRADUCTION] «la Loi ne prévoit aucun moyen précis de déterminer l'existence même d'une découverte importante. Elle n'indique pas comment cela peut se faire, ni par qui» (p. 103). En d'autres

into play, a "significant discovery" as defined by s. 47 must be found.

Gushue J.A. rejected that an SDD applicant must be afforded a hearing before the Committee which considers all aspects of an application, including the preliminary recognition of a "significant discovery". He stated that both s. 71 and s. 124 are relevant only to the determination of an SDD's areal extent. Gushue J.A. concluded that the Board, acting alone, can determine whether a "significant discovery" exists, since it is the Board "which is charged with the operation and administration of the Act" (p. 104).

Gushue J.A. proceeded to deal with natural justice. He said that, if the Board believed that Mobil Oil's 1990 application did not comply with the federal *Implementation Act*, "then Mobil should, in the interests of natural justice and procedural fairness, [have been] afforded the right to a hearing before the Board" (p. 105, emphasis added). Further, Gushue J.A. stated that "as a quasi-judicial body, [the Board] may not reach a legal conclusion affecting rights of an interest holder without that interest holder, in this case Mobil, being given the opportunity to be heard" (p. 105).

Finally, Gushue J.A. considered whether Mobil Oil had complied with s. 47 of the federal *Implementation Act* since no new well had been drilled. Like Wells J., however, Gushue J.A. declined to resolve the well requirement issue, stating that "[t]he Board has been given that jurisdiction and must not be fettered in its right to interpret the Act and to reach its own decision" (p. 105). The orders of Wells J. were affirmed as varied.

termes, le juge Gushue a conclu que pour que l'Office puisse agir en vertu des par. 71(1) ou (2), et pour que l'art. 124 puisse s'appliquer, il faut conclure à l'existence d'une «découverte importante» au sens de l'art. 47.

Le juge Gushue a rejeté l'argument suivant lequel il faut accorder à l'auteur d'une demande de DDI une audience devant le Comité qui examine alors tous les aspects de la demande, y compris la reconnaissance préliminaire de l'existence d'une «découverte importante». Il a dit que les art. 71 et 124 n'étaient pertinents que pour déterminer le périmètre visé par la DDI. Il a conclu que l'Office peut se prononcer seul sur l'existence d'une «découverte importante» étant donné que c'est lui [TRADUCTION] «qui est chargé d'appliquer la Loi» (p. 104).

Le juge Gushue a ensuite abordé la question de la justice naturelle. Il a dit que si l'Office estimait que la demande présentée par Mobil Oil en 1990 n'était pas conforme à la *Loi de mise en œuvre* fédérale, [TRADUCTION] «alors Mobil [aurait dû], pour des motifs de justice naturelle et d'équité procédurale, avoir droit à une audience devant l'Office» (p. 105, je souligne). Il a ajouté qu'[TRADUCTION] «à titre d'organisme quasi-judiciaire, [l'Office] ne peut tirer une conclusion juridique touchant les droits d'un titulaire sans offrir à celui-ci, en l'espèce Mobil, la possibilité de se faire entendre» (p. 105).

Enfin, le juge Gushue a examiné si Mobil Oil s'était conformée à l'art. 47 de la *Loi de mise en œuvre* fédérale étant donné qu'aucun nouveau puits n'avait été foré. À l'instar du juge Wells, cependant, le juge Gushue a refusé de trancher la question de l'exigence d'un puits, déclarant que [TRADUCTION] «[c]ette compétence a été conférée à l'Office qui ne doit subir aucune entrave dans l'exercice de son droit d'interpréter la Loi et de rendre sa propre décision» (p. 105). Les ordonnances du juge Wells ont été confirmées moyennant certaines modifications.

IV. Issues

Although the parties argued a number of related sub-issues before this Court, I consider the following summary of the issues to be appropriate. The first arises in the appeal by the companies, and the second arises in the cross-appeal by the Board:

1. When an SDD application is submitted to the Board, is the Board required to refer the application to the Committee at the instance of the SDD applicant?

2. Must an SDD application under s. 71(1) of the federal *Implementation Act* involve an offshore well which has never been the subject of an earlier SDD?

For reasons which will become apparent, I find it convenient to address the second issue first.

V. Analysis

A. *Must an SDD application under s. 71(1) of the federal Implementation Act involve an offshore well which has never been the subject of an earlier SDD?*

The issue on the cross-appeal is the issue which the companies wanted to argue before the Board and the Committee. It can be succinctly stated. Section 71(1) of the federal *Implementation Act* provides in part that "where a significant discovery has been made on any portion of the offshore area" described in an exploration licence, the "Board shall, on the application of the interest holder ... make a written declaration of significant discovery" based upon "reasonable grounds". The term "significant discovery" is partly defined in s. 47 of the *Implementation Act* to mean "a discovery indicated by the first well on a geological feature" which suggests the potential for hydrocarbon production in the manner indicated. Reading these two sections together, the companies assert that, if at least one well has been drilled on a geological feature, the "reasonable grounds" required by s. 71(1) can be proved using seismic and other data only. Thus, in making its 1990 application, Mobil

IV. Les questions en litige

Bien que les parties aient débattu devant notre Cour un certain nombre de sous-questions connexes, j'estime qu'il y a lieu de résumer ainsi les questions en litige. La première ressort du pourvoi des sociétés et la seconde, du pourvoi incident de l'Office:

1. Lorsqu'une demande de DDI est soumise à l'Office, celui-ci est-il tenu de déférer la demande au Comité sur les instances du requérant?

2. La demande de DDI fondée sur le par. 71(1) de la *Loi de mise en œuvre* fédérale doit-elle porter sur un puits extracôtier qui n'a jamais fait l'objet d'une DDI?

Pour les motifs qui ressortiront ultérieurement, je juge approprié de commencer par aborder la seconde question.

V. Analyse

A. *La demande de DDI fondée sur le par. 71(1) de la Loi de mise en œuvre fédérale doit-elle porter sur un puits extracôtier qui n'a jamais fait l'objet d'une DDI?*

La question soulevée dans le pourvoi incident est celle que les sociétés voulaient débattre devant l'Office et le Comité. On peut la formuler succinctement ainsi. Le paragraphe 71(1) de la *Loi de mise en œuvre* fédérale prévoit notamment que «l'Office, sur demande à lui faite par le titulaire intéressé [. . .], fait par écrit une déclaration de découverte importante portant sur les parties de la zone» décrites dans un permis de prospection, en se fondant sur des «motifs sérieux». L'expression «découverte importante», définie à l'art. 47 de la *Loi de mise en œuvre*, s'entend notamment de la «[d]écouverte faite par le premier puits qui, pénétrant une structure géologique particulière», révèle des possibilités de production d'hydrocarbures de la manière indiquée. Combinant ces deux dispositions, les sociétés soutiennent que si au moins un puits a été foré dans une structure géologique, la preuve des «motifs sérieux» exigés par le par. 71(1) peut se faire par la seule présentation de don-

Oil denied the proposition implicitly asserted in the Chairman's letter, namely, that every s. 71(1) application requires the drilling of a fresh well.

The companies argue that this Court, following the approach of the courts below, should decline to analyze the well requirement issue. However, a concern for finality and the value of judicial economy mandate a different course. This is so because the issue on the cross-appeal is a question of law for which there is an inevitable answer with which we agree. It is therefore unnecessary to consider the standard of review applicable in this case.

An analysis of history, legislative intent, statutory words, statutory context, and the object or scheme of the federal *Implementation Act* demonstrates that there is nothing ambiguous about ss. 47 and 71(1), and that a well requirement exists.

In terms of history and legislative intent, it is relevant to compare the current legislative scheme to that which existed under the *Canada Oil and Gas Act*. Pursuant to s. 44(1) of the *Canada Oil and Gas Act*, the Minister was invested with significant discretionary authority in respect of SDDs. Under the current regime, however, this discretion has given way to an objective test which favours industry participants. Whereas the Minister under s. 44(1) had to be "satisfied" that a significant discovery existed before he "may" have made a declaration, under s. 71(1), the Board "shall" make declarations once "reasonable grounds" have been proved.

Given the obvious contrast between the old s. 44(1) and the current s. 71(1), it is noteworthy that other aspects of the *Canada Oil and Gas Act* are explicitly retained in the federal *Implementation Act*. In particular, s. 71(4) of the current Act is substantially identical to s. 44(3) of the former Act. Both provisions deal with the redefinition of an

nées sismiques et autres. Ainsi, en présentant sa demande de 1990, Mobil Oil a rejeté la proposition contenue implicitement dans la lettre du président, savoir que, pour chaque demande fondée sur le par. 71(1), il faut qu'il y ait eu forage d'un nouveau puits.

Les sociétés font valoir que notre Cour, à l'instar des juridictions inférieures, devrait refuser d'analyser la question de l'exigence d'un puits. Cependant, le souci de régler définitivement les litiges et les impératifs de l'économie judiciaire commandent un choix différent. Il en est ainsi parce que la question soulevée dans le pourvoi incident est une question de droit pour laquelle il existe une réponse inéluctable à laquelle nous souscrivons. Il est donc inutile d'étudier la norme d'examen applicable en l'espèce.

Une analyse de l'historique, de l'esprit, du texte, du contexte et de l'objet ou de l'économie de la *Loi de mise en œuvre* fédérale démontre que l'art. 47 et le par. 71(1) n'ont rien d'ambigu et qu'il y a exigence d'un puits.

En ce qui concerne l'historique et l'esprit de la Loi, il convient de comparer le régime législatif actuel avec celui qui existait en vertu de la *Loi sur le pétrole et le gaz du Canada*. Le paragraphe 44(1) de la *Loi sur le pétrole et le gaz du Canada* conférait au Ministre un pouvoir discrétionnaire important en matière de DDI. Sous le régime actuel, ce pouvoir discrétionnaire a toutefois cédé le pas à un critère objectif qui favorise les participants de l'industrie. Tandis qu'aux termes du par. 44(1) le Ministre «peut» faire une déclaration s'il est «convaincu» de l'existence d'une découverte importante, aux termes du par. 71(1), l'Office «fait» une déclaration dès que l'existence de «motifs sérieux» a été établie.

Étant donné le contraste manifeste entre l'ancien par. 44(1) et l'actuel par. 71(1), il convient de souligner que d'autres aspects de la *Loi sur le pétrole et le gaz du Canada* ont été explicitement retenus dans la *Loi de mise en œuvre* fédérale. En particulier, le par. 71(4) de la loi actuelle est essentiellement identique au par. 44(3) de l'ancienne loi. Les

SDD's areal extent "based on the results of further drilling".

It is quite clear that under the former legislative regime, new SDDs required a well to be drilled, and amendments required further drilling. This is recognized in the affidavit of J. Strain (Chairman of the Board):

> [I]t is my experience in the oil industry that it has always been recognized by the industry that, in order to apply for a declaration of significant discovery, whether under the Former Act [the *Canada Oil and Gas Act*], the Federal Act or the Provincial Act or other similar legislation, it is necessary to base such an application upon the results of the drilling of a well. . . .

Similarly, when A. R. Nielsen (Chairman and Chief Executive Officer of Mobil Oil) wrote to the Minister to complain about the areal extent of the 1986 SDD, he stated that "[i]t is clear [that] in the Canada Oil and Gas Act (COGA) enlargements or reductions to significant discoveries areas (*sic*) are to be based on results of additional drilling". Thus, since it was commonly recognized under the *Canada Oil and Gas Act* that s. 44(1) applications required new wells and that SDD amendments involved recourse to s. 44(3) and the "further drilling" requirement, and since s. 44(3) has been largely preserved in the form of s. 71(4) of the current statute, it is easy to infer that the traditional well requirements were supposed to be part of the replacement scheme. The new scheme was intended to introduce objectivity, but retention of the statutory structure contradicts the suggestion that well drilling requirements were also intended to be different.

The words used in the federal *Implementation Act* reinforce this assertion. It is true that s. 71(1) of the *Implementation Act* expressly requires only that "a significant discovery" exist before an application is made. Thus, it can be argued that one "significant discovery" as defined in s. 47 can ground more than one s. 71(1) application. However, in my view this stretches the definition of

deux dispositions traitent de la redéfinition du périmètre visé par la DDI en fonction des résultats d'autres forages.

Il est très clair que, sous l'ancien régime législatif, une nouvelle DDI exigeait le forage d'un puits et qu'il fallait des forages subséquents pour que des modifications puissent y être apportées. J. Strain (président de l'Office) reconnaît cela dans son affidavit:

> [TRADUCTION] [S]elon mon expérience du domaine, l'industrie pétrolière a toujours reconnu que, pour demander une déclaration de découverte importante, que ce soit en vertu de l'ancienne loi [la *Loi sur le pétrole et le gaz du Canada*], de la Loi fédérale ou provinciale ou d'une autre loi analogue, il est nécessaire de fonder cette demande sur les résultats du forage d'un puits . . .

De même, lorsque A. R. Nielsen (président-directeur général de Mobil Oil) a écrit au Ministre pour se plaindre du périmètre visé par la DDI de 1986, il a déclaré qu'[TRADUCTION] «[i]l est clair que, selon la Loi sur le pétrole et le gaz du Canada (LPGC), l'agrandissement ou la réduction des périmètres des découvertes importantes doit se fonder sur les résultats d'autres forages». Ainsi, étant donné qu'il était généralement admis, sous le régime de la *Loi sur le pétrole et le gaz du Canada*, que les demandes fondées sur le par. 44(1) requéraient de nouveaux puits et que les modifications à une DDI impliquaient le recours au par. 44(3) et à l'exigence de «forages subséquents», et vu que le par. 44(3) a été largement préservé sous la forme du par. 71(4) de la loi actuelle, on peut aisément en inférer que les exigences traditionnelles en matière de puits étaient censées faire partie du régime substitué. Le nouveau régime visait à instaurer de l'objectivité, mais le maintien de la structure législative contredit l'idée qu'on a voulu du même coup modifier les exigences de forage d'un puits.

Le texte de la *Loi de mise en œuvre* fédérale renforce cette assertion. Il est vrai que, dans sa version anglaise, le par. 71(1) prescrit expressément l'existence d'une découverte importante (*a significant discovery*) pour qu'une demande puisse être faite. On peut donc faire valoir qu'une «découverte importante» au sens de l'art. 47 peut justifier plus d'une demande fondée sur le par. 71(1). À mon

"significant discovery" to the breaking point. By establishing that a "significant discovery" is a "discovery indicated by the first well on a geological feature", s. 47 means to establish that a particular geological feature can support only one "significant discovery". The reference in s. 47 to the "first well" is obviously intended to mean the "first and only well" existing at the time of an SDD application. It must be highlighted that a "significant discovery" is first and foremost a "discovery", and at least one connotation of the word "discovery" suggests a more sudden or dramatic recognition of success than is suggested by the reinterpretation of seismic data over time: see *The Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), vol. IV. Further, it is notable that the French text of s. 71(1) refers not to "une découverte" but to "la découverte", although I do not wish to make too much of this point since the parallel provincial enactment is unilingual.

avis, toutefois, cette interprétation pousse trop loin la définition de l'expression «découverte importante». En établissant, à l'art. 47, qu'une «découverte importante» est une «[d]écouverte faite par le premier puits qui [pénètre] une structure géologique particulière», on veut établir qu'il ne peut y avoir qu'une «découverte importante» par structure géologique particulière. En mentionnant le «premier puits» à l'art. 47, on a manifestement voulu parler du «premier et seul puits» existant au moment d'une demande de DDI. Il faut souligner qu'une «découverte importante» est d'abord et avant tout une «découverte» et qu'au moins l'une des connotations du mot «découverte» évoque une reconnaissance de succès plus soudaine ou dramatique que la réinterprétation de données sismiques échelonnée sur une période de temps: voir *The Oxford English Dictionary* (2e éd. 1989), vol. IV. De plus, il est remarquable que, dans le texte français du par. 71(1), il est question non pas d'«une découverte», mais de «la découverte», quoique je ne souhaite pas trop insister sur ce point étant donné l'unilinguisme de la loi provinciale équivalente.

That the "significant discovery" definition intends to permit only one discovery per geological feature is reinforced by the plain language of other provisions. For example, s. 96 of the *Implementation Act* (which deals with Canadian ownership requirements) refers to "the drilling of the first well that indicated the discovery" (emphasis added), and thus points to the "one geological feature/one discovery" correlation. Similarly, it is interesting that the term "exploratory well" is defined in s. 119 as "a well drilled on a geological feature on which a significant discovery has not been made". This provision, too, demonstrates that discovery occurs only once in respect of a particular geological feature.

Le texte clair d'autres dispositions renforce l'idée que, dans la définition de l'expression «découverte importante», on a voulu qu'il n'y ait qu'une seule «découverte importante» par structure géologique. Par exemple, l'art. 96 de la *Loi de mise en œuvre* (qui traite des exigences en matière de participation canadienne) parle des «travaux de forage du premier puits qui a mis en évidence la découverte» (je souligne), faisant ainsi ressortir la corrélation «une structure géologique/une découverte». De même, il est intéressant de noter que l'expression «puits d'exploration» est défini à l'art. 119 comme étant un «[p]uits foré sur un horizon géologique qui n'a pas fait l'objet d'une découverte importante». Cette disposition démontre elle aussi qu'il ne peut y avoir qu'une découverte par structure géologique particulière.

The broader context of the *Implementation Act* is also significant because of s. 71(4). In particular, if the argument of the companies prevailed, s. 71(4) would be rendered meaningless. To the extent that s. 71(4) provides a means of amending

Le contexte général de la *Loi de mise en œuvre* est également important en raison du par. 71(4). En particulier, ce paragraphe perdrait tout son sens si l'argument des sociétés devait l'emporter. Dans la mesure où le par. 71(4) prévoit un moyen de modi-

the areal extent of an SDD "based on the results of further drilling" alone, it would serve no logical purpose if amendments could be achieved using s. 71(1). "[F]urther drilling" could obviously give rise to "reasonable grounds" within the meaning of s. 71(1) as interpreted by the companies. As stated by E. A. Driedger, it is appropriate to adopt a construction "that gives effect to the whole of the statute ... in preference to one that renders part thereof meaningless": *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 92.

Finally, attention must be given to the object and scheme of the legislation at issue. The federal and provincial *Implementation Acts* gave effect to the provisions of the Atlantic Accord, and the Board must conduct itself with the Accord in mind: s. 17(1). Two purposes of the Accord were "to provide for a stable and fair offshore management regime for industry" and "to provide for a stable and permanent arrangement for the management of the offshore": see clauses 2(f) and (g).

The quoted provisions of the Atlantic Accord are particularly significant when one considers the argument that Mobil Oil's 1990 letter should be treated in an exceptional way because the 1986 SDD was obtained under a pre-existing federal statute. In my view, a complete rejection of this argument exists in s. 127(2) of the *Implementation Act*, which provides that a pre-existing SDD is to be considered "as if it were made pursuant to section 71". This section makes it abundantly clear that pre-existing SDDs, like SDDs arising under s. 71, are amendable only upon "further drilling" pursuant to s. 71(4). This well requirement, although arguably illogical from a technical standpoint (since "reasonable grounds" for the determination of an SDD's areal extent could be otherwise determined) may serve the values of stability and permanency. These values might be undermined if s.

fier le périmètre visé par une DDI sur la seule foi des «résultats d'autres forages», il ne serait pas logique de permettre de recourir au par. 71(1) pour effectuer des modifications. L'existence «d'autres forages» pourrait manifestement susciter des «motifs sérieux» au sens que les sociétés donnent au par. 71(1). Comme l'affirme E. A. Driedger, il convient d'adopter une interprétation [TRADUCTION] «qui met à exécution l'ensemble de la loi en question [...] de préférence à une interprétation qui fait perdre tout son sens à une partie de cette loi»: *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), à la p. 92.

Enfin, il faut prêter attention à l'objet et à l'économie de la loi en question. La *Loi de mise en œuvre* fédérale et son pendant provincial mettent à exécution les dispositions de l'Accord atlantique et l'Office doit agir en tenant compte de cet Accord: par. 17(1). Deux des objectifs de l'Accord étaient de «prévoir un régime de gestion stable et équitable pour l'industrie» et de «prévoir des dispositions stables et permanentes pour la gestion des régions sous-marines»: voir les clauses 2f) et 2g).

Les dispositions citées de l'Accord atlantique sont particulièrement importantes lorsqu'on examine l'argument selon lequel la lettre que Mobil Oil a fait parvenir en 1990 devrait être traité de manière exceptionnelle parce que la DDI de 1986 a été obtenue sous le régime d'une loi fédérale préexistante. À mon avis, cet argument doit être rejeté complètement en raison du par. 127(2) de la *Loi de mise en œuvre* qui prévoit que les DDI préexistantes doivent être considérées «comme si elles avaient été faites sous [le régime] de l'article 71». Il ressort très clairement de cette disposition que les DDI préexistantes, comme celles faites sous le régime de l'art. 71, ne peuvent être modifiées qu'après «d'autres forages» conformément au par. 71(4). Bien qu'on puisse alléguer son illogisme du point de vue technique (étant donné qu'il serait possible de déterminer par d'autres moyens l'existence de «motifs sérieux» de délimiter le périmètre d'une DDI), le fait d'exiger le forage d'un puits peut être un gage de stabilité et de permanence. Ces valeurs pourraient être minées si les demandes faites en vertu du par. 71(1) pouvaient

71(1) applications could be based simply on reinterpreted seismic or other data.

For these reasons, the position of the companies must be rejected as a matter of law. In order to found an SDD application under s. 71(1) of the federal *Implementation Act*, it is necessary for an applicant to drill a well. As a corollary, in order to modify the areal extent of an existing SDD, recourse must be had to s. 71(4) which demands further drilling. In substance, Mobil Oil's 1990 proposal was an application to amend the 1986 SDD which could not have succeeded as a matter of law.

B. *When an SDD application is submitted to the Board, is the Board required to refer the application to the Committee at the instance of the SDD applicant?*

As described by the companies, the reasoning of the Court of Appeal "bifurcates" the usual SDD application process. Focusing on the phrase "where a significant discovery has been made", Gushue J.A. held that before s. 71(1) or 124 can be invoked, a "significant discovery" as defined in s. 47 must be located by the Board acting without the Committee. He noted the four components of the s. 47 "significant discovery" definition which could thus be determined by the Board alone (at p. 103):

> [T]he requirements for a "significant discovery" are set out in s. 47. These appear to be four in number. There must be:
>
> 1. a discovery of hydrocarbons
> 2. indicated by the first well on a particular geological feature
> 3. that demonstrates by flow testing the existence of hydrocarbons in that feature
> 4. suggesting an accumulation of hydrocarbons having the potential for sustained production, as determined by geological and engineering factors.
>
> All of these ingredients must be present before it can be determined that there has been a significant discovery. . . .

être fondées simplement sur la réinterprétation de données sismiques ou autres.

Pour ces motifs, le point de vue des sociétés doit être rejeté sur le plan juridique. Pour justifier une demande de DDI fondée sur le par. 71(1) de la *Loi de mise en œuvre* fédérale, il faut que le requérant ait foré un puits. À titre corollaire, pour modifier le périmètre visé par une DDI existante, il faut recourir au par. 71(4) qui exige d'autres forages. La proposition de Mobil Oil en 1990 était essentiellement une demande de modification de la DDI de 1986 qui n'aurait pas pu réussir sur le plan juridique.

B. *Lorsqu'une demande de DDI est soumise à l'Office, celui-ci est-il tenu de déférer la demande au Comité sur les instances du requérant?*

Selon les sociétés, le raisonnement de la Cour d'appel a pour effet de [TRADUCTION] «scinder en deux» le processus normal de demande de DDI. S'attachant au passage du texte anglais «*where a significant discovery has been made*», le juge Gushue a conclu que, pour pouvoir invoquer le par. 71(1) ou l'art. 124, il faut que l'Office reconnaisse, sans l'aide du Comité, l'existence d'une «découverte importante» au sens de l'art. 47. Il a relevé les quatre composantes de la définition que l'art. 47 donne de l'expression «découverte importante», sur lesquelles l'Office pouvait donc se prononcer seul (à la p. 103):

> [TRADUCTION] [L]es conditions d'une «découverte importante» sont énoncées à l'art. 47. Il semble y en avoir quatre, soit:
>
> 1. une découverte d'hydrocarbures
> 2. faite par le premier puits qui, pénétrant une structure géologique particulière,
> 3. y met en évidence, d'après des essais d'écoulement, l'existence d'hydrocarbures et
> 4. révèle, compte tenu de facteurs géologiques et techniques, l'existence d'une accumulation de ces substances qui offre des possibilités de production régulière.
>
> Tous ces éléments doivent être présents pour pouvoir décider qu'une découverte importante a été faite . . .

While I agree with this break down of the "significant discovery" definition, and while I agree that s. 71(1) is awkwardly drafted in the manner noted by Gushue J.A., I do not agree that the application process is ordinarily "bifurcated". Rather, I believe that the Committee is ordinarily involved whenever technical decisions are at issue.

Pursuant to s. 142(1) of the *Implementation Act*, at least two of the five members of the Committee must possess technical expertise. Section 142(2) stipulates that the Committee is independent of the Board. I consider this Committee status significant when it is examined in the overall structure of the Act. A form of control over Board decisions is retained by the executive branch of government regarding many "fundamental decisions" as defined in the Act: s. 2. However, at the SDD stage, s. 30 operates to exclude such control.

It is no coincidence that executive control over Board decision making ceases when Board decisions become predominantly technical in nature. Equally, it is no coincidence that Committee involvement is specifically contemplated at this stage of offshore regulation. This sentiment is aptly reflected in a statement by the Hon. Marcel Masse (then Minister of Energy, Mines and Resources) in the *Minutes of Proceedings and Evidence* of the House of Commons Legislative Committee on Bill C-6, Issue No. 1, November 4, 1986, at p. 1:48: "[A]ll of the Board's decisions are final with respect to questions of a technical nature, such as the statement of discovery". (Emphasis added.)

The involvement of the Committee in respect of technical decisions is clearly intended by the offshore scheme. As already noted, one purpose of the Atlantic Accord was "to provide for a stable and fair offshore management regime for industry" (clause 2(f), emphasis added). The most significant recognition of this purpose has also already been described, inasmuch as the ministerial discretion which governed SDDs under s. 44(1) of the

Bien que je souscrive à cette décomposition de la définition de «découverte importante» et que je convienne que le par. 71(1) est rédigé de façon boiteuse comme le souligne le juge Gushue, je ne suis pas d'accord pour dire que le processus de demande est normalement [TRADUCTION] «scindé en deux». Je crois plutôt que le Comité intervient normalement chaque fois que des décisions techniques sont en cause.

Aux termes du par. 142(1) de la *Loi de mise en œuvre*, au moins deux des cinq membres du Comité doivent posséder une expertise technique. Le paragraphe 142(2) précise que le Comité est indépendant de l'Office. À mon avis, ce statut du Comité est important eu égard à la structure d'ensemble de la Loi. Le pouvoir exécutif conserve un certain contrôle sur bon nombre de «décisions majeures» de l'Office, au sens de l'art. 2 de la Loi. Toutefois, à l'étape d'une DDI, l'art. 30 a pour effet d'écarter ce contrôle.

Ce n'est pas une coïncidence si le contrôle qu'exerce le pouvoir exécutif sur le processus décisionnel de l'Office cesse lorsque ses décisions sont de nature principalement technique. Ce n'est pas non plus une coïncidence si la participation du Comité est expressément envisagée à cette étape de la réglementation des activités extracôtières. Ce sentiment se reflète bien dans une déclaration de l'hon. Marcel Masse (alors ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources), reproduite dans les *Procès-verbaux et témoignages* du Comité législatif sur le projet de loi C-6 de la Chambre des communes, fascicule nº 1, le 4 novembre 1986, à la p. 1:48: «[T]outes les décisions de l'Office sont finales en ce qui concerne les questions d'ordre technique telles que la déclaration de découverte». (Je souligne.)

La volonté d'associer le Comité à la prise de décisions techniques ressort clairement du régime extracôtier établi. Comme je l'ai déjà fait observer, l'un des objectifs de l'Accord atlantique était de «prévoir un régime de gestion stable et équitable pour l'industrie» (clause 2f), je souligne). J'ai également souligné que la reconnaissance la plus révélatrice de cet objectif a consisté à remplacer le pouvoir discrétionnaire ministériel qui régissait les

Canada Oil and Gas Act was replaced by s. 71(1) and a procedure which compels the objective reasonableness of declarations.

In my view, given the s. 71(1) focus on "reasonable grounds", it would be illogical to prevent Committee input into "significant discovery" decisions which involve technical questions. In particular, I do not think it helpful to distinguish between the existence of a significant discovery and the determination of a significant discovery's areal extent. In the s. 47 definition of "significant discovery", the words "discovery" and "geological feature" clearly connote a physical location. A physical location must have physical boundaries, i.e., an areal definition. Equally, the "potential for sustained production" cannot be logically dissociated from the size of a discovery; the discovery is defined as "significant" because of its size and its potential to produce.

Without reviewing s. 124 of the *Implementation Act* in great detail, it is clear that it permits a significant inquiry into whether "reasonable grounds" for an SDD exist for the purposes of s. 71(1). The procedural protections found in that provision go some distance toward ensuring that interest holders have ample opportunity to prove an entitlement objectively before the Committee. The Board must consider the recommendations of the Committee (s. 124(7)), and this must have a significant impact on the Board's ability to determine whether "reasonable grounds" exist to support an SDD under s. 71(1).

The language of s. 71 is clear with respect to Committee involvement. In ss. 71(1), (2) and (4), the phrase "subject to section 124" indicates that SDD decisions by the Board which involve technical considerations presuppose the potential involvement of the Committee. To the extent that the SDD process is initiated by the interest holder, e.g., in a s. 71(1) application, automatic reference to the Committee will be qualified to the extent that a Committee hearing must be requested by the

DDI fondées sur le par. 44(1) de la *Loi sur le pétrole et le gaz du Canada* par le par. 71(1) et une procédure qui contraint à fonder les déclarations sur des motifs objectivement sérieux.

À mon avis, étant donné l'accent que le par. 71(1) met sur les «motifs sérieux», il serait illogique d'empêcher le Comité de participer aux décisions relatives aux «découvertes importantes», qui mettent en cause des questions d'ordre technique. En particulier, je ne crois pas utile d'établir une distinction entre l'existence d'une découverte importante et la délimitation de son périmètre. Dans la définition que l'art. 47 donne de l'expression «découverte importante», les mots «découverte» et «structure géologique» évoquent clairement un lieu physique. Un lieu physique doit avoir une délimitation physique, c'est-à-dire une définition de son périmètre. De même, les «possibilités de production régulière» ne peuvent être logiquement dissociées de la taille de la découverte puisque celle-ci est dite «importante» en raison de sa taille et de ses possibilités de production.

Sans examiner dans les moindres détails l'art. 124 de la *Loi de mise en œuvre*, il est clair qu'il permet de procéder à une enquête poussée sur la question de savoir si une DDI est fondée sur des «motifs sérieux» aux fins du par. 71(1). Les protections procédurales qui y sont prévues assurent jusqu'à un certain point que les titulaires intéressés ont amplement l'occasion d'établir objectivement leur droit devant le Comité. L'Office doit tenir compte des recommandations du Comité (par. 124(7)), ce qui ne peut manquer d'avoir un effet important sur sa capacité de déterminer si une DDI faite en vertu du par. 71(1) est fondée sur des «motifs sérieux».

Le texte de l'art. 71 est clair quant à la participation du Comité. Aux paragraphes 71(1), (2) et (4), les mots «sous réserve de l'article 124» et «assujetti à l'article 124» indiquent que les décisions de l'Office en matière de DDI qui comportent des considérations techniques présupposent la participation possible du Comité. Dans la mesure où le processus de DDI est mis en branle par le titulaire, par exemple au moyen d'une demande fondée sur le par. 71(1), il n'y aura pas de renvoi automatique

applicant whose interests are at stake. It is interesting to note that when Mr. Jack Shields (then Parliamentary Secretary to the Minister of Energy, Mines and Resources) reintroduced Bill C-6 to Parliament following the Legislative Committee reference, he stated that the Committee's main function was a review function initiated "at the request of an interest holder" (*House of Commons Debates*, 2nd Sess., 33rd Parl., March 2, 1987, at p. 3707).

By recognizing a leading role for the Committee, however, I do not suggest that the Board or its agents can exercise no residual authority in respect of s. 71(1) applications. For example, the trial judge recognized that summary rejection of a so-called "application" would be appropriate if the "application" was submitted by a non-interest holder, or if the "application" did not comply with any relevant form, manner, or information regulations made pursuant to s. 71(1). Additionally, however, as my resolution of the issue in the cross-appeal demonstrates, the question of whether an SDD application can be made in the absence of a fresh well is a non-technical issue which could not have benefitted from Committee input. Of the four components of the "significant discovery" definition enumerated by Gushue J.A., the "first well on a particular geological feature" component must be non-technical in this case, since there is only one well at issue (the Nautilus well) and since that well was previously the subject of the 1986 SDD. In another case, satisfaction of this first well component might become technical if, for example, two wells had been drilled and it had to be determined whether the wells were drilled into the same "geological feature".

Thus, on the facts, I would hold that the Board had jurisdiction to reject Mobil Oil's 1990 application on a preliminary basis, without permitting a Committee reference. However, this does not mean that rejection could properly have occurred without regard for fairness or the principles of natural justice. Before I dispose of this appeal, it is necessary

au Comité dans la mesure où l'audience devant le Comité doit être sollicitée par le requérant dont les intérêts sont en jeu. Fait intéressant à noter, lorsqu'il a déposé de nouveau le projet de loi C-6 au Parlement à la suite du renvoi au Comité législatif, M. Jack Shields (alors secrétaire parlementaire du ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources) a déclaré que le rôle principal du Comité en était un d'examen «à la demande d'un intéressé» (*Débats de la Chambre des communes*, 2e sess., 33e lég., le 2 mars 1987, à la p. 3707).

En reconnaissant au Comité un rôle de premier plan, je ne veux toutefois pas laisser entendre que l'Office ou ses représentants ne peuvent exercer aucun pouvoir résiduel à l'égard des demandes fondées sur le par. 71(1). Par exemple, le juge de première instance a reconnu qu'il serait indiqué de rejeter sommairement une prétendue «demande» si celle-ci était soumise par un non titulaire ou si elle n'était pas conforme aux règlements pris en vertu du par. 71(1) relativement aux modalités de présentation ou au contenu des demandes. De plus, comme il ressort de ma réponse au point soulevé dans le pourvoi incident, la question de savoir si une demande de DDI peut être faite en l'absence d'un nouveau puits est une question non technique à laquelle la participation du Comité n'aurait pas permis de mieux répondre. Des quatre composantes de la définition de «découverte importante» énumérées par le juge Gushue, celle du «premier puits qui [pénètre] une structure géologique particulière» constitue forcément un élément non technique en l'espèce puisqu'un seul puits est en cause (le puits Nautilus) et que celui-ci a déjà fait l'objet d'une DDI en 1986. Dans un autre cas, la décision relative à cette composante du premier puits pourrait devenir technique si, par exemple, deux puits avaient été forés et qu'il fallait déterminer s'ils l'ont été dans la même «structure géologique».

Ainsi, d'après les faits, je conclurais que l'Office avait compétence pour rejeter de façon préliminaire la demande de Mobil Oil en 1990, sans permettre un renvoi au Comité. Toutefois, cela ne signifie pas que ce rejet aurait pu légitimement être prononcé sans égard à l'équité ou aux principes de justice naturelle. Avant de statuer sur le présent

to consider both the status of Mobil Oil's 1990 application and the manner in which that application was rejected.

C. *Administrative Law Considerations*

Before this Court, the companies argued that when Mobil Oil's 1990 application was rejected, their vested rights as interest owners were affected. They argued that a hearing before the Committee should have occurred, in so far as there is a presumption against interference with such rights: see P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 152. In my view, however, this case does not involve legislation which impinges upon vested rights in such a fashion as to make the argument relevant. Section 71(1) of the *Implementation Act* operates to convey a new statutory interest to successful applicants. Section 71(1) does not affect the term of the applicant's existing right in the exploration licence (see ss. 69 and 70(1)). Rather, it simply requires an exploration licensee to satisfy certain preconditions before a new class of statutory rights will be available.

Having said this, however, it would be inconsistent with both the statutory scheme and the history of administrative law jurisprudence to suggest that Mobil Oil was seized of no procedural rights in this case. As recognized in *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, and restated in *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 669, when procedural guarantees are at issue, it may be relevant to consider the nature of a decision, the relationship between an affected party and a decision maker, and the effect of a decision on an affected party's rights.

In this case, since an exploration licensee must obtain an SDD or watch a licence expire, the s. 71(1) decision has a "final nature" (*Knight*, *supra*, at p. 670). Additionally, although it is technically correct to regard the s. 71(1) interest owner as an applicant seeking additional rights, interest owners are participants in the offshore. To acquire this status

pourvoi, il m'est nécessaire d'examiner à la fois le statut de la demande effectuée par Mobil Oil en 1990 et la manière dont cette demande a été rejetée.

C. *Considérations relevant du droit administratif*

Devant notre Cour, les sociétés ont fait valoir que le rejet de la demande présentée par Mobil Oil en 1990 a porté atteinte aux droits acquis qu'elles possédaient à titre de titulaires. Elles ont soutenu qu'il aurait dû y avoir une audience devant le Comité dans la mesure où il existe une présomption de respect de ces droits: voir P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2e éd. 1990), à la p. 167. À mon avis, cependant, il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas d'empiétement législatif sur des droits acquis qui soit susceptible de rendre l'argument pertinent. Le paragraphe 71(1) de la *Loi de mise en œuvre* a pour effet de conférer un nouveau titre aux auteurs d'une demande couronnée de succès. Il ne touche pas la durée du droit existant du requérant aux termes du permis de prospection (voir art. 69 et par. 70(1)). Il exige simplement que le titulaire du permis de prospection satisfasse à certaines conditions préalables pour pouvoir acquérir une nouvelle catégorie de droits prévus par la loi.

Cela dit, toutefois, il serait incompatible avec le régime législatif et avec l'évolution de la jurisprudence en droit administratif de laisser entendre que Mobil Oil ne jouissait d'aucun droit procédural en l'espèce. Comme on l'a reconnu dans l'arrêt *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, et réaffirmé dans l'arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, à la p. 669, lorsque des garanties procédurales sont en cause, il peut être pertinent de considérer la nature de la décision, la relation entre la partie touchée et le décideur ainsi que l'effet de cette décision sur les droits de la partie touchée.

En l'espèce, étant donné que le titulaire d'un permis de prospection doit obtenir une DDI s'il veut éviter l'expiration de son permis, la décision fondée sur le par. 71(1) est de «nature définitive» (*Knight*, précité, à la p. 670). De plus, bien qu'il soit exact, en principe, de considérer que les titulaires qui invoquent le par. 71(1) demandent des

tus, interest owners spend large sums of money and significantly interact with regulators, such that there is clearly an important "relationship between the Board" and the interest owner: *Knight*, *supra*, at p. 670. Finally, although a s. 71(1) applicant does not lose rights as exploration licensee simply because an application is rejected, the interest owner's investment in the offshore can only be preserved if an SDD is obtained, and so the s. 71(1) decision may have a significant effect on that investment.

droits additionnels, il reste que ce sont des participants aux activités extracôtières. Afin d'acquérir ce statut, ils dépensent des sommes considérables et interagissent de façon importante avec les organismes de réglementation, de sorte qu'il existe clairement une importante «relation [. . .] entre [l'Office]» et eux: *Knight*, précité, à la p. 670. Enfin, même si l'auteur d'une demande fondée sur le par. 71(1) ne perd pas ses droits à titre de titulaire d'un permis de prospection du seul fait que sa demande est rejetée, l'investissement extracôtier du titulaire intéressé ne peut être préservé que s'il obtient une DDI, si bien que la décision fondée sur le par. 71(1) peut avoir un effet important sur cet investissement.

Like the trial judge, I could also infer a right of procedural fairness in this case from the statutory regime itself. I have noted that industry fairness was an important goal of the Atlantic Accord: clause 2(f). The trial judge was right to note that s. 124 evinces a significant legislative concern for procedural guarantees in respect of technical decisions. Although I have held that satisfaction of a well requirement does not involve technical considerations in this case, it would be inconsistent with this overall concern for procedure to suppose that the regulator could reject a novel legal argument without affording the applicant any procedural protection at all. This may be particularly true on the facts, inasmuch as the Board was willing to concede that the 1986 SDD — as a product of ministerial discretion — may well have under-defined the extent of the offshore interest demonstrated by the Nautilus well.

À l'instar du juge de première instance, je pourrais aussi, en l'espèce, inférer un droit à l'équité procédurale du régime législatif lui-même. J'ai souligné que l'établissement d'un régime équitable pour l'industrie constituait un objectif important de l'Accord atlantique: clause 2f). Le juge de première instance a fait remarquer à juste titre que l'art. 124 traduit l'intérêt important que le législateur a manifesté pour l'existence de garanties procédurales en matière de décisions techniques. Bien que j'aie conclu que des considérations techniques n'entrent pas en jeu ici pour ce qui est de satisfaire à l'exigence d'un puits, il serait contraire à cette préoccupation globale en matière de procédure de supposer que l'organisme de réglementation pourrait rejeter un argument juridique nouveau sans fournir aucune protection procédurale au requérant. Cela ressort particulièrement des faits en ce sens que l'Office était disposé à reconnaître que la DDI de 1986 — résultant du pouvoir discrétionnaire du Ministre — peut fort bien avoir sous-estimé l'étendue de la zone extracôtière mise en évidence par le puits Nautilus.

Of course, once a role for natural justice or fairness has been recognized, the content of that role must still be determined. There is nothing about the facts or in the *Implementation Act* to suggest that an oral hearing before the Board would have been a necessary response to Mobil Oil's 1990 application. Rather, that application involved only a proposed interpretation of the Board's governing

Naturellement, une fois qu'on a reconnu que la justice naturelle ou l'équité joue un rôle, il reste à déterminer la nature de ce rôle. Rien dans les faits ou dans la *Loi de mise en œuvre* ne porte à croire que la demande présentée par Mobil Oil en 1990 aurait nécessairement entraîné une audience devant l'Office. Cette demande ne faisait plutôt que proposer une interprétation des lois régissant l'Office

statutes, and if a complete exchange had taken place with respect to that interpretation, nothing more would have been required. In all probability, a complete exchange could have occurred by way of correspondence between the Board and Mobil Oil: *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735.

The Board argued in this Court that each party understood the other's position before the 1990 application was summarily rejected by the Chairman. Indeed, prior to that application, Mobil Oil and the Board did exchange a number of letters which demonstrate two things: first, that the 1986 SDD was a source of discontentment for Mobil Oil from the outset; and, second, that the Board continually rejected arguments to the effect that new technical information could be used to redefine the SDD in the absence of new drilling. Viewed this way, it might be argued within the meaning of *Knight*, *supra*, that "everything that had to be said had been said" (p. 686). This might be especially argued since the Board undertook a transitional role in respect of the *Canada Oil and Gas Act* regime, and was thus in a good position to observe Mobil Oil's response to the 1986 SDD: see the Atlantic Accord, clause 65.

Although enticing, the Board's argument cannot withstand analysis. While it is true that the 1990 application was, in many ways, the culmination of an ongoing dispute, it is equally clear that the 1990 application constituted a proposed resolution by Mobil Oil which was novel. Prior to the date of the application letter, Mobil Oil had not formally argued in favour of a new s. 71(1) SDD, and it is notable that the application sought an SDD in respect of six offshore sections which were not part of the 1986 SDD application.

Perhaps Mobil Oil could have anticipated that the Board would not accede to the legal interpretation apparent in the 1990 application. However, this is the same argument which was made in *Homex Realty and Development Co. v. Corpora-*

et, si un échange complet avait eu lieu à cet égard, rien d'autre n'aurait été nécessaire. Selon toute vraisemblance, un échange complet aurait pu avoir lieu par correspondance entre l'Office et Mobil Oil: *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735.

L'Office a soutenu devant notre Cour que chacune des parties comprenait le point de vue de l'autre avant que la demande de 1990 ne soit rejetée sommairement par le président. De fait, Mobil Oil et l'Office avaient, avant cette demande, échangé un certain nombre de lettres dont il ressortait deux choses: premièrement, que la DDI de 1986 était, depuis le début, une source de mécontentement pour Mobil Oil et, deuxièmement, que l'Office a continuellement rejeté les arguments voulant que la DDI puisse, en l'absence d'un nouveau forage, être modifiée à l'aide de nouvelles données techniques. À cet égard, on pourrait soutenir que les parties «avaient dit tout ce qu'elles avaient à dire» au sens de l'arrêt *Knight*, précité, à la p. 686, et ce, d'autant plus que l'Office assumait un rôle transitoire eu égard au régime de la *Loi sur le pétrole et le gaz du Canada* et qu'il était donc bien placé pour observer la réponse de Mobil Oil à la DDI de 1986: voir l'Accord atlantique, clause 65.

Aussi attrayant qu'il puisse être, l'argument de l'Office ne saurait résister à une analyse. S'il est vrai que la demande de 1990 représentait, à maints égards, l'aboutissement d'un litige, il est également clair que cette demande constituait, de la part de Mobil Oil, une proposition de règlement qui était nouvelle. Antérieurement à la lettre de demande, Mobil Oil n'avait pas formellement plaidé en faveur d'une nouvelle DDI fondée sur le par. 71(1) et il convient de noter que cette demande visait l'obtention d'une DDI à l'égard de six sections extracôtières qui n'étaient pas comprises dans la demande de DDI de 1986.

Mobil Oil aurait peut-être dû prévoir que l'Office ne souscrirait pas à l'interprétation juridique ressortant de la demande de 1990. Toutefois, le même argument a été avancé dans l'arrêt *Homex Realty and Development Co. c. Corporation of the*

tion of the Village of Wyoming, [1980] 2 S.C.R. 1011, where there had been "detailed negotiations and an exchange of correspondence" (p. 1032) prior to the making of an impugned decision. In *Homex*, this Court held that "[i]n the full and final sense Homex did not receive an opportunity to make known its position once fully aware of the Village's final position" (p. 1032). Likewise, although the Board's position in respect of the 1990 application was in some sense predictable, that reality does not obviate Mobil Oil's procedural rights.

In fact, in this case, whether or not the Board could have summarily rejected the 1990 application without giving Mobil Oil an opportunity to respond to the case against the application, it must be emphasized that it was not the Board which initially responded, but the Chairman. Although the Board is able to delegate to the Chairman pursuant to s. 51 of the federal *Implementation Act*, no argument in favour of a legal delegation was made in this case, so there must have been no such delegation prior to the Chairman's response. Although the Chairman's position was apparently ratified by the Board before the companies applied for judicial review, it has not been suggested that Mobil Oil was apprised of this ratification nor given an opportunity to respond to it.

Mobil Oil's application was greeted by a letter from the Chairman which stated that the application could "not be brought before the Board" because it was not "bona fide". While I agree that the *Implementation Act* absolutely cannot support the interpretation advocated by Mobil Oil, it goes too far to pretend that Mobil Oil did not deserve a full hearing, which could have been effected in writing, in respect of its novel interpretation. The Chairman's response was the product of an improper subdelegation which effectively interrupted Mobil Oil's procedural guarantees. Indeed, before this Court counsel for the Board admitted that it would have been preferable for Mobil Oil to have been given a Board hearing. If it would have been preferable, why should another result be accepted?

Village of Wyoming, [1980] 2 R.C.S. 1011, où il y avait eu «des négociations poussées et un échange de correspondance» (p. 1032) avant de prendre la décision attaquée. Dans l'arrêt *Homex*, notre Cour a conclu qu'«[e]n somme, Homex n'a pas eu la possibilité de faire connaître sa position lorsqu'elle a clairement su quelle était la position finale du Village» (p. 1032). De même, même si la position adoptée par l'Office à l'égard de la demande de 1990 était prévisible dans un certain sens, cela n'a pas pour effet d'écarter les droits de Mobil Oil en matière de procédure.

En fait, dans la présente affaire, que l'Office ait pu ou non rejeter sommairement la demande de 1990 sans donner à Mobil Oil l'occasion de répondre aux arguments avancés à l'encontre de sa demande, il faut souligner que ce n'est pas l'Office qui a réagi initialement, mais bien le président. Bien que l'Office puisse déléguer des attributions au président conformément à l'art. 51 de la *Loi de mise en œuvre* fédérale, aucun argument en faveur d'une délégation légale n'a été avancé en l'espèce, de sorte qu'aucune délégation de cette nature n'a dû avoir lieu avant la réponse du président. Quoique la position du président ait apparemment été ratifiée par l'Office avant que les sociétés ne demandent un examen judiciaire, on n'a pas laissé entendre que Mobil Oil a été informée de cette ratification ou qu'elle a eu l'occasion d'y réagir.

La demande de Mobil Oil a été suivie d'une lettre du président indiquant qu'elle ne pouvait [TRADUCTION] «pas être soumise à l'Office» parce qu'elle n'était pas «valable». Bien que j'accepte que la *Loi de mise en œuvre* ne peut absolument pas étayer l'interprétation préconisée par Mobil Oil, je n'irai pas jusqu'à prétendre que Mobil Oil ne méritait pas une audience complète qui aurait pu avoir lieu par écrit, relativement à son interprétation nouvelle. La réponse du président était le fruit d'une subdélégation irrégulière qui a effectivement court-circuité les garanties procédurales de Mobil Oil. En fait, l'avocat de l'Office a admis, devant notre Cour, qu'il eût été préférable que Mobil Oil obtienne une audience devant l'Office. Si cela aurait été préférable, pourquoi devrait-on accepter un autre résultat?

In light of these comments, and in the ordinary case, Mobil Oil would be entitled to a remedy responsive to the breach of fairness or natural justice which I have described. However, in light of my disposition on the cross-appeal, the remedies sought by Mobil Oil in the appeal *per se* are impractical. While it may seem appropriate to quash the Chairman's decision on the basis that it was the product of an improper subdelegation, it would be nonsensical to do so and to compel the Board to consider now Mobil Oil's 1990 application, since the result of the cross-appeal is that the Board would be bound in law to reject that application by the decision of this Court.

The bottom line in this case is thus exceptional, since ordinarily the apparent futility of a remedy will not bar its recognition: *Cardinal*, *supra*. On occasion, however, this Court has discussed circumstances in which no relief will be offered in the face of breached administrative law principles: e.g., *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561. As I described in the context of the issue in the cross-appeal, the circumstances of this case involve a particular kind of legal question, viz., one which has an inevitable answer.

In *Administrative Law* (6th ed. 1988), at p. 535, Professor Wade discusses the notion that fair procedure should come first, and that the demerits of bad cases should not ordinarily lead courts to ignore breaches of natural justice or fairness. But then he also states:

> A distinction might perhaps be made according to the nature of the decision. In the case of a tribunal which must decide according to law, it may be justifiable to disregard a breach of natural justice where the demerits of the claim are such that it would in any case be hopeless.

In this appeal, the distinction suggested by Professor Wade is apt.

Compte tenu de ces observations, Mobil Oil aurait normalement droit à un redressement pour les manquements à l'équité et à la justice naturelle que j'ai décrits. Cependant, vu la façon dont je statue sur le pourvoi incident, les redressements que demande Mobil Oil dans le pourvoi lui-même sont peu réalistes. Bien qu'il puisse sembler indiqué d'annuler la décision du président pour le motif qu'elle résulte d'une subdélégation irrégulière, il serait absurde de le faire et de forcer l'Office à examiner maintenant la demande présentée par Mobil Oil en 1990 étant donné que, suivant le résultat du pourvoi incident, l'Office serait juridiquement tenu de rejeter cette demande, en raison de l'arrêt de notre Cour.

Le résultat de ce pourvoi est donc exceptionnel puisque, habituellement, la futilité apparente d'un redressement ne constituera pas une fin de non-recevoir: *Cardinal*, précité. Cependant, il est parfois arrivé que notre Cour examine les circonstances dans lesquelles aucun redressement ne sera accordé face à la violation de principes de droit administratif: voir, par exemple, *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561. Comme je l'ai affirmé dans le contexte de la question soulevée dans le pourvoi incident, les circonstances de la présente affaire soulèvent un type particulier de question de droit, savoir une question pour laquelle il existe une réponse inéluctable.

Dans *Administrative Law* (6e éd. 1988), à la p. 535, le professeur Wade examine la notion selon laquelle l'équité procédurale devrait avoir préséance et la faiblesse d'une cause ne devrait pas normalement amener les tribunaux à ignorer les manquements à l'équité ou à la justice naturelle. Il ajoute toutefois ceci:

> [TRADUCTION] On pourrait peut-être faire une distinction fondée sur la nature de la décision. Dans le cas d'un tribunal qui doit trancher selon le droit, il peut être justifiable d'ignorer un manquement à la justice naturelle lorsque le fondement de la demande est à ce point faible que la cause est de toute façon sans espoir.

Dans ce pourvoi, la distinction que propose le professeur Wade est pertinente.

Likewise, it is apt to cite *R. v. Monopolies and Mergers Commission*, [1986] 1 W.L.R. 763 (C.A.). In that case, a Chairman interpreted a statute administered by his Commission in order to determine whether a take over proposal had been abandoned. When he decided that abandonment had, in fact, occurred, he stopped a monopolies and mergers reference at the threshold stage. Upon judicial review, the Court of Appeal held that the Chairman had properly interpreted the statute, but the court also held that he had no statutory authority to act alone. Nonetheless, the discretionary remedies at the disposal of the court were withheld, at least partly because "[g]ood public administration is concerned with substance rather than form" and because the Commission "would have reached and would now reach the same conclusion as did their experienced chairman" (p. 774). Given the circumstances of this case as I have described them, this statement is accurate here, although I would reiterate its exceptional character and would not wish to apply it broadly.

VI. Disposition

For the reasons described, I would allow the cross-appeal and hold that applications made under s. 71(1) of the federal *Implementation Act* require the drilling of a fresh offshore well. Although I have found that the Chairman acted without authority and that Mobil Oil's right to be heard was denied, I would exercise this Court's discretion and withhold the remedies sought by Mobil Oil. Accordingly, I would dismiss the appeal.

The disposition I make is contrary to the interests of the companies in a practical sense. The companies, however, put forward an interpretation of the offshore scheme — particularly with respect to the Board/Committee relationship — which I have at least partly recognized in these reasons, and I have noted that Mobil Oil was not treated fairly on the facts. For these reasons, it is appropri-

De même, il convient de citer l'arrêt *R. c. Monopolies and Mergers Commission*, [1986] 1 W.L.R. 763 (C.A.). Dans cette affaire, un président avait interprété une loi dont l'application relevait de la commission qu'il dirigeait, afin de déterminer s'il y avait eu abandon d'un projet d'acquisition. En décidant que le projet avait effectivement été abandonné, il a mis fin à un renvoi en matière de monopoles et de fusions qui en était au stade préliminaire. Lors d'un examen judiciaire, la Cour d'appel a conclu que le président avait bien interprété la loi en question, mais qu'il n'était pas légalement habilité à agir seul. La cour a néanmoins refusé d'accorder les redressements discrétionnaires dont elle disposait, en partie du moins parce que [TRADUCTION] «[l]a bonne administration publique s'intéresse au fond plutôt qu'à la forme» et parce que la Commission [TRADUCTION] «serait parvenue et parviendrait maintenant à la même conclusion que son président expérimenté» (p. 774). Compte tenu des circonstances de la présente affaire que j'ai décrites, cet énoncé est exact en l'espèce, bien que j'en réitère le caractère exceptionnel et mon désir de ne pas l'appliquer de manière générale.

VI. Dispositif

Pour les motifs exposés, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi incident et de conclure que les demandes fondées sur le par. 71(1) de la *Loi de mise en œuvre* fédérale requièrent le forage d'un nouveau puits extracôtier. Même si j'ai conclu que le président avait agi sans autorisation et qu'il y a eu négation du droit de Mobil Oil d'être entendue, j'exercerais le pouvoir discrétionnaire de notre Cour en n'accordant pas les redressements demandés par Mobil Oil. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

La décision que je rends est, en pratique, contraire aux intérêts des sociétés. Celles-ci ont, toutefois, mis de l'avant une interprétation du régime extracôtier — particulièrement en ce qui concerne la relation entre l'Office et le Comité — à laquelle j'ai souscrit au moins partiellement dans les présents motifs, et j'ai souligné que, d'après les faits, Mobil Oil n'avait pas été traitée équitablement.

ate that each party bear its own costs, both in the courts below and before this Court.

Appeal dismissed and cross-appeal allowed.

Solicitors for the appellants: Stewart McKelvey Stirling Scales, St. John's, Newfoundland.

Solicitors for the respondent: Stikeman, Elliott, Ottawa.

Pour ces motifs, il convient que chaque partie assume ses propres dépens, tant devant les juridictions inférieures que devant notre Cour.

Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli.

Procureurs des appelantes: Stewart McKelvey Stirling Scales, St. John's, Terre-Neuve.

Procureurs de l'intimé: Stikeman, Elliott, Ottawa.

Shell Canada Products Limited *Appellant*

v.

City of Vancouver *Respondent*

and

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

INDEXED AS: SHELL CANADA PRODUCTS LTD. *v.* VANCOUVER (CITY)

File No.: 22789.

1993: April 27; 1994: February 24.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Municipal law — Municipal resolutions — Validity — Vancouver passing resolutions that it would not do business with Shell until Shell "completely withdraws from South Africa" — Whether actions of city council as embodied in resolutions reviewable — Whether resolutions ultra vires city in that they do not relate to a municipal purpose — Whether resolutions constitute unauthorized discrimination — Vancouver Charter, S.B.C. 1953, c. 55.

The appellant is a subsidiary of Shell Canada Ltd. and is involved in retail and wholesale marketing of petroleum products in Vancouver. It was periodically invited to tender bids for municipal contracts to supply petroleum products until Vancouver City Council passed resolutions that the City would not do business with Shell Canada "until Royal Dutch/Shell completely withdraws from South Africa". Vancouver purchases petroleum products from another company which, through one of its subsidiaries, also does business with South Africa. The British Columbia Supreme Court quashed the reso-

Produits Shell Canada Limitée *Appelante*

c.

Ville de Vancouver *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario et le procureur général du Québec *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: PRODUITS SHELL CANADA LTÉE *c.* VANCOUVER (VILLE)

N° du greffe: 22789.

1993: 27 avril; 1994: 24 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit municipal — Résolutions municipales — Validité — La ville de Vancouver a décidé, par voie de résolutions, qu'elle s'abstiendrait de traiter avec Shell jusqu'à ce que celle-ci «se retire complètement de l'Afrique du sud» — Les actes du conseil municipal que représentent les résolutions adoptées peuvent-ils faire l'objet d'un contrôle? — Les résolutions excèdent-elles la compétence de la ville en ce sens qu'elles n'ont pas trait à un objet municipal? — Les résolutions constituent-elles une forme de discrimination non autorisée? — Vancouver Charter, S.B.C. 1953, ch. 55.

L'appelante, une filiale de Shell Canada Ltée, fait, à Vancouver, le commerce de détail et de gros de produits pétroliers. Avant que le conseil municipal de la ville de Vancouver n'adopte des résolutions selon lesquelles la ville cesserait de traiter avec Shell Canada jusqu'à ce que le groupe Royal Dutch-Shell «se retire complètement de l'Afrique du Sud», l'appelante était périodiquement invitée à présenter des soumissions en vue de conclure des contrats avec la municipalité pour la fourniture de produits pétroliers. La ville de Vancouver achète des produits pétroliers à une autre société, qui, par l'entremise d'une filiale, fait également affaire avec l'Afrique du Sud. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a annulé les résolutions pour le motif qu'elles excédaient

lutions as being *ultra vires* the municipality. The Court of Appeal reversed the judgment.

Held (Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per La Forest, Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: In passing the resolutions the City was clearly purporting to exercise its statutory powers, and such exercise is reviewable to the extent of determining whether the actions are *intra vires*. Generally, a municipal authority is authorized to act only for municipal purposes. Municipal purposes include those that are compatible with the purpose and objects of the enabling statute. Any ambiguity or doubt is to be resolved in favour of the citizen, especially when the grant of power contended for is out of the usual range. The explicit purpose of the resolutions at issue here is to influence Shell to divest itself of its South African holdings by expressing moral outrage against the apartheid regime and to join the alleged international boycott of its subsidiaries and products until Shell "completely withdraws from South Africa". Vancouver was seeking to use its powers to do business to affect matters in another part of the world, a purpose which is directed at matters outside the City's territorial limits. Under the *Vancouver Charter*, Council "may provide for the good rule and government of the city". This places a territorial limit on Council's jurisdiction. While Council can have regard for matters beyond its boundaries in exercising its powers, any action taken in so doing must have as its purpose benefit to the citizens of the City. The Charter expressly provides for activities in which Council may engage outside the City's limits even when such activities clearly redound to the benefit of its inhabitants. The sections of the Charter which give the City power to engage in commercial, industrial or business undertakings, acquire such personal property as may be required for its purposes, and "do all such things as are incidental or conducive to the exercise of the allotted powers" are general sections found in most if not all municipal Acts which must be construed subject to the limitations imposed by the purpose of the statute as a whole. Any powers implied from their general language must be restricted to municipal purposes and cannot extend to include the imposition of a boycott based on matters external to the interests of the citizens of the municipality.

la compétence de la municipalité. La Cour d'appel a infirmé ce jugement.

Arrêt (le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: En adoptant les résolutions, la ville a de toute évidence voulu exercer ses pouvoirs légaux et cet exercice peut faire l'objet d'un contrôle dans la mesure où il s'agit de déterminer si elle a agi dans les limites de sa compétence. En général, une municipalité n'est autorisée à agir que pour des fins municipales. Les fins municipales comprennent notamment celles qui sont compatibles avec le but et les objets de la loi habilitante. Tout doute ou toute ambiguïté doit profiter au citoyen, particulièrement lorsque le pouvoir que l'on prétend avoir sort de l'ordinaire. Les résolutions ici en cause visent explicitement à inciter Shell à se départir de ses investissements en Afrique du Sud, en réprouvant le régime d'apartheid et en prenant part au prétendu boycottage international de ses produits et filiales jusqu'à ce qu'elle «se retire complètement de l'Afrique du Sud». La ville de Vancouver cherchait à utiliser ses pouvoirs de faire des affaires pour exercer une influence dans une autre partie du monde, un objectif qui touche à des situations existant en dehors des limites territoriales de la ville. Aux termes de la Charte de Vancouver, le conseil «peut pourvoir au bon gouvernement de la ville». Cela circonscrit territorialement la compétence du conseil. Dans l'exercice de ses pouvoirs, le conseil peut certes tenir compte de situations existant en dehors de ses limites territoriales, mais, ce faisant, ses actions doivent toujours avoir pour objet de profiter aux citoyens. La Charte prévoit expressément les activités dans lesquelles le conseil peut s'engager en dehors des limites territoriales de la ville, même lorsque ces activités profitent manifestement aux citoyens. Les articles de la Charte qui habilitent la ville à s'engager dans des entreprises commerciales ou industrielles, à acquérir les biens meubles nécessaires à la réalisation de ses objets et à «accomplir toute chose accessoire ou favorable à l'exercice [des] pouvoirs [qui lui sont attribués]» sont des dispositions générales qui figurent dans la plupart sinon dans la totalité des lois municipales et qui doivent être interprétées sous réserve des restrictions imposées par l'objet de la loi prise dans son ensemble. Tous pouvoirs qui découlent implicitement de la formulation générale de ces dispositions doivent se limiter à des objets municipaux et ne peuvent aller jusqu'à inclure l'imposition d'un boycottage fondée sur des motifs étrangers aux intérêts des citoyens.

Even if there were a municipal purpose, the resolutions constitute unauthorized discrimination. While discrimination for commercial or business reasons is a power that is incidental to the powers to carry on business or acquire property, considerations relating to the political policy of a foreign state are not so essential to the exercise of enumerated powers as to be implied. Discrimination of the kind involved here is not only not authorized by the *Vancouver Charter*, but arguably is prohibited by it.

Per Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. (dissenting): The doctrine that procurement powers are immune from judicial review should not apply to municipalities. If a municipality's power to spend public money is exercised for improper purposes or in an improper manner, the conduct of the municipality should be subject to judicial review. While it is important that abuses of power are checked, however, it is also important that the courts not unduly confine municipalities in the responsible exercise of the powers which the legislature has conferred on them. Courts must respect the responsibility of elected municipal bodies to serve the people who elected them and exercise caution to avoid substituting their views of what is best for the citizens for those of municipal councils. In cases where powers are not expressly conferred but may be implied, courts must be prepared to adopt the "benevolent construction" which this Court referred to in *Greenbaum*, and confer the powers by reasonable implication. Such a generous, deferential approach to municipal powers will aid the efficient functioning of municipal bodies and avoid the costs and uncertainty attendant on excessive litigation. It is also arguably more in keeping with the true nature of modern municipalities, and with the flexible, more deferential approach this Court has adopted in recent cases to the judicial review of administrative agencies.

The resolutions not to do business with Shell until it stops trading with South Africa can clearly be defended under the City's power to engage in commercial and business activities. Improper purposes cannot be said to have rendered the otherwise legitimate decision invalid, since the City's motives did not exceed the powers conferred on it. The *Vancouver Charter* empowers Council to "provide for the good rule and government of the city". Council may properly take measures related to fostering and maintaining a sense of community identity and pride, and among such measures may be found

Même s'il existait un objet municipal, les résolutions constitueraient une forme de discrimination non autorisée. Quoique le pouvoir d'établir des distinctions pour des motifs commerciaux ou d'affaires soit accessoire aux pouvoirs d'exploiter une entreprise ou d'acquérir des biens, des considérations relatives à la politique d'un État étranger ne sont pas essentielles à l'exercice de pouvoirs énumérés au point d'être implicites. Non seulement la Charte de Vancouver n'autorise pas le genre de discrimination dont il est question en l'espèce, mais encore, pourrait-on soutenir, elle l'interdit.

Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin (dissidents): Le principe voulant que les pouvoirs d'approvisionnement échappent au contrôle judiciaire ne devrait pas s'appliquer aux municipalités. Si une municipalité exerce son pouvoir de dépenser les deniers publics à des fins ou d'une manière illégitimes, sa conduite devrait alors être assujettie au contrôle judiciaire. Bien qu'il importe que les abus de pouvoir soient réprimés, il est aussi important que les tribunaux ne limitent pas indûment les municipalités dans l'exercice responsable des pouvoirs dont le législateur les a investies. Les tribunaux doivent respecter la responsabilité qu'ont les conseils municipaux élus de servir leurs électeurs et prendre garde de substituer à l'opinion de ces conseils leur propre avis quant à ce qui est dans le meilleur intérêt des citoyens. Dans les cas où il n'y a pas d'attribution expresse de pouvoirs, mais où ceux-ci peuvent être implicites, les tribunaux doivent se montrer prêts à adopter l'interprétation «bienveillante» évoquée par notre Cour dans l'arrêt *Greenbaum* et à conférer les pouvoirs par déduction raisonnable. Pareille interprétation libérale et circonspecte des pouvoirs municipaux favorisera l'efficacité des conseils municipaux tout en permettant d'éviter les frais et l'incertitude que comporte le recours excessif aux tribunaux. On peut également soutenir qu'elle s'accorde davantage avec la véritable nature des municipalités modernes et avec la méthode souple et plus circonspecte que notre Cour a adoptée dans sa jurisprudence récente en ce qui concerne le contrôle judiciaire d'organismes administratifs.

Les résolutions de s'abstenir de traiter avec Shell jusqu'à ce qu'elle mette fin à ses relations commerciales avec l'Afrique du Sud peuvent nettement se justifier par le pouvoir de la ville de se livrer à des activités commerciales. On ne saurait affirmer que des objets illégitimes sont venus invalider une décision par ailleurs légitime, puisque les motifs de la ville n'excédaient pas les pouvoirs qui lui ont été conférés. La Charte de Vancouver habilite le conseil à «pourvoir au bon gouvernement de la ville». Le conseil peut à bon droit prendre des mesures visant à favoriser et à maintenir un sentiment

community expression of disapproval or approval of different types of conduct. Provisions in municipal Acts for the "good government" or general welfare of the citizens, far from being mere surplusage, originated in the desire of legislatures to prevent the decisions of municipal councillors being struck down by the courts. Furthermore, many other municipalities interpret their mandate broadly.

The resolutions discriminate against Shell, but that discrimination is authorized by the *Vancouver Charter*. While discrimination in the granting of licences, taxes and municipal privileges is generally viewed as requiring express authorization by the empowering legislation, the presumption regarding the exercise of a municipality's business powers is that the municipality has the power to make distinctions between citizens and firms on a wide variety of grounds. The power to discriminate in the exercise of municipal business powers is thus readily inferred from general language authorizing a city to do business and to act for the good rule and government of the city. This language encompasses not only the provision of basic services to the inhabitants of the municipality, but extends to the expression by the city on behalf of its citizens of approval or disapproval of conduct, whether within the city or outside its boundaries.

While the resolutions may have an international aspect, they are in pith and substance municipal legislation and hence constitutional. With respect to s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, assuming a corporation can invoke the right of free expression, the infringement alleged is so trivial as not to merit serious scrutiny.

Cases Cited

By Sopinka J.

Followed: *R. v. Lewisham London Borough Council, ex parte Shell UK Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 938; **distinguished:** *Hignell v. City of Winnipeg*, [1933] 3 W.W.R. 193; **referred to:** *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957; *Wiswell v. Metro-*

d'identité et de fierté collectives, parmi lesquelles peuvent figurer l'expression par la collectivité de son approbation ou de sa désapprobation de différents types de conduite. Les dispositions relatives au «bon gouvernement» ou au bien-être général des citoyens qui figurent dans les lois municipales, loin d'être simplement superfétatoires, procèdent de la volonté des assemblées législatives d'empêcher que les décisions de conseillers municipaux soient invalidées par les tribunaux. De plus, bien d'autres municipalités donnent une interprétation large à leur mandat.

Les résolutions sont discriminatoires à l'égard de Shell, mais cette discrimination est autorisée par la Charte de Vancouver. Bien que la discrimination en matière de délivrance de permis, de taxation et d'attribution de privilèges municipaux soit généralement considérée comme requérant une autorisation expresse de la loi habilitante, la présomption relative à l'exercice par une municipalité de ses pouvoirs en matière commerciale veut qu'elle soit habilitée à établir des distinctions entre des citoyens et des sociétés pour des motifs très divers. Il est donc facile de déduire, de termes généraux autorisant une ville à exercer des activités commerciales et à prendre des mesures pour son bon gouvernement, que cette ville est habilitée à établir des distinctions dans l'exercice de ses pouvoirs en matière commerciale. Cela englobe non seulement la fourniture de services essentiels aux habitants de la municipalité, mais également le fait pour la ville d'exprimer au nom de ses habitants son approbation ou sa désapprobation d'une conduite donnée, peu importe que celle-ci soit adoptée dans la ville ou à l'extérieur de celle-ci.

Bien que les résolutions puissent comporter un aspect international, elles constituent, de par leur caractère véritable, des mesures législatives municipales et sont donc constitutionnelles. En ce qui concerne l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, à supposer qu'une société puisse invoquer le droit à la liberté d'expression, la violation alléguée est tellement insignifiante qu'elle ne mérite pas qu'on s'y arrête sérieusement.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêt suivi: *R. c. Lewisham London Borough Council, ex parte Shell UK Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 938; **distinction d'avec l'arrêt:** *Hignell c. City of Winnipeg*, [1933] 3 W.W.R. 193; **arrêts mentionnés:** *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Welbridge Holdings Ltd. c. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971]

politan Corporation of Greater Winnipeg, [1965] S.C.R. 512; *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674; *Rogers v. City of Toronto* (1915), 33 O.L.R. 89; *City of Toronto v. Miller Paving Ltd.* (1964), 49 D.L.R. (2d) 214, leave to appeal refused, [1965] S.C.R. ix; *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650; *Gershman v. Manitoba Vegetable Producers' Marketing Board*, [1976] 4 W.W.R. 406; *Re Taylor and the City of Winnipeg* (1896), 11 Man. R. 420; *Re Gulf Canada Ltd. and City of Vancouver* (1981), 130 D.L.R. (3d) 146.

By McLachlin J. (dissenting)

Haggerty v. City of Victoria (1895), 4 B.C.R. 163; *Rogers v. City of Toronto* (1915), 33 O.L.R. 89; *Re Midnorthern Appliances Industries Corp. and Ontario Housing Corp.* (1977), 17 O.R. (2d) 290; *Transhelter Group Inc. v. Committee on Works and Operations* (1984), 27 M.P.L.R. 244; *Re Webb and Ontario Housing Corp.* (1978), 93 D.L.R. (3d) 187; *Prysiazniuk v. Regional Municipality of Hamilton-Wentworth* (1985), 10 O.A.C. 208; *Re Ainsworth Electric Co. and Board of Governors of Exhibition Place* (1987), 58 O.R. (2d) 432; *Associated Respiratory Services Inc. v. British Columbia (Purchasing Commission)* (1992), 70 B.C.L.R. (2d) 57; *Peter Kiewit Sons Co. v. Richmond (City)* (1992), 11 M.P.L.R. (2d) 110; *Merritt v. City of Toronto* (1895), 22 O.A.R. 205; *City of Hamilton v. Hamilton Distillery Co.* (1907), 38 S.C.R. 239; *Re Howard and City of Toronto* (1928), 61 O.L.R. 563; *Associated Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corp.*, [1948] 1 K.B. 223; *Kuchma v. Rural Municipality of Tache*, [1945] S.C.R. 234; *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674; *City of Prince George v. Payne*, [1978] 1 S.C.R. 458; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756; *Teamsters Union, Local 938 v. Massicotte*, [1982] 1 S.C.R. 710; *Galloway v. Mayor and Commonalty of London* (1866), L.R. 1 H.L. 34; *Lamb v. Town of Estevan* (1922), 16 Sask. L.R. 220; *Re Burns and Township of Haldimand* (1965), 52 D.L.R. (2d) 101; *R. v. Lewisham Borough Council, ex parte Shell UK Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 938; *Thorne's Hardware Ltd. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 106; *Mounterbrooke Inc. v. City of Montreal*, [1963] R.L. 28; *Re Foster and Township of Raleigh* (1910), 22 O.L.R. 26; *Smith v. White City (Village)* (1989), 81 Sask. R. 79;

R.C.S. 957; *Wiswell c. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1965] R.C.S. 512; *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674; *Rogers c. City of Toronto* (1915), 33 O.L.R. 89; *City of Toronto c. Miller Paving Ltd.* (1964), 49 D.L.R. (2d) 214, autorisation de pourvoi refusée, [1965] R.C.S. ix; *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650; *Gershman c. Manitoba Vegetable Producers' Marketing Board*, [1976] 4 W.W.R. 406; *Re Taylor and the City of Winnipeg* (1896), 11 Man. R. 420; *Re Gulf Canada Ltd. and City of Vancouver* (1981), 130 D.L.R. (3d) 146.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

Haggerty c. City of Victoria (1895), 4 B.C.R. 163; *Rogers c. City of Toronto* (1915), 33 O.L.R. 89; *Re Midnorthern Appliances Industries Corp. and Ontario Housing Corp.* (1977), 17 O.R. (2d) 290; *Transhelter Group Inc. c. Committee on Works and Operations* (1984), 27 M.P.L.R. 244; *Re Webb and Ontario Housing Corp.* (1978), 93 D.L.R. (3d) 187; *Prysiazniuk c. Regional Municipality of Hamilton-Wentworth* (1985), 10 O.A.C. 208; *Re Ainsworth Electric Co. and Board of Governors of Exhibition Place* (1987), 58 O.R. (2d) 432; *Associated Respiratory Services Inc. c. British Columbia (Purchasing Commission)* (1992), 70 B.C.L.R. (2d) 57; *Peter Kiewit Sons Co. c. Richmond (City)* (1992), 11 M.P.L.R. (2d) 110; *Merritt c. City of Toronto* (1895), 22 O.A.R. 205; *City of Hamilton c. Hamilton Distillery Co.* (1907), 38 R.C.S. 239; *Re Howard and City of Toronto* (1928), 61 O.L.R. 563; *Associated Picture Houses, Ltd. c. Wednesbury Corp.*, [1948] 1 K.B. 223; *Kuchma c. Rural Municipality of Tache*, [1945] R.C.S. 234; *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674; *Ville de Prince George c. Payne*, [1978] 1 R.C.S. 458; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756; *Syndicat des camionneurs, section locale 938 c. Massicotte*, [1982] 1 R.C.S. 710; *Galloway c. Mayor and Commonalty of London* (1866), L.R. 1 H.L. 34; *Lamb c. Town of Estevan* (1922), 16 Sask. L.R. 220; *Re Burns and Township of Haldimand* (1965), 52 D.L.R. (2d) 101; *R. c. Lewisham Borough Council, ex parte Shell UK Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 938; *Thorne's Hardware Ltd. c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 106; *Mounterbrooke Inc. c. City of Montreal*, [1963] R.L. 28; *Re Foster and Township of Raleigh* (1910), 22 O.L.R. 26;

Baird v. Corporation of the District of Oak Bay (1982), 21 M.P.L.R. 278; *Wheeler v. Leicester City Council*, [1985] A.C. 1054; *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Hignell v. City of Winnipeg*, [1933] 3 W.W.R. 193.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2, 15.
Constitution Act, 1867, s. 91(2).
Local Government Act 1972 (U.K.), 1972, c. 70, s. 135.
Municipal Act, R.S.B.C. 1979, c. 290, s. 223.
Race Relations Act 1976 (U.K.), 1976, c. 74, s. 71.
Vancouver Charter, S.B.C. 1953, c. 55, ss. 137 [rep. & sub. 1965, c. 68, s. 18; am. 1974, c. 104, s. 30], 148, 151, 153, 188, 189, 190, 199, 203, 272 [am. 1977, c. 40, s. 52; am. 1985, c. 89, s. 5].

Authors Cited

Arrowsmith, Sue. *Government Procurement and Judicial Review*. Toronto: Carswell, 1988.
Makuch, Stanley M. *Canadian Municipal and Planning Law*. Toronto: Carswell, 1983.
McDonald, Ann. "In the Public Interest: Judicial Review of Local Government" (1983), 9 *Queen's L.J.* 62.
Rogers, Ian MacFee. *The Law of Canadian Municipal Corporations*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1971 (looseleaf).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1991), 57 B.C.L.R. (2d) 345, 81 D.L.R. (4th) 353, [1991] 6 W.W.R. 319, 6 M.P.L.R. (2d) 109, 3 B.C.A.C. 310, 7 W.A.C. 310, supplementary reasons (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 285, 84 D.L.R. (4th) 157, [1991] 6 W.W.R. 325, 6 M.P.L.R. (2d) 109, at p. 116, 3 B.C.A.C. 310, at p. 314, 7 W.A.C. 310, at p. 314, reversing a decision of Maczko J. (1990), 46 B.C.L.R. (2d) 346, 70 D.L.R. (4th) 374, 49 M.P.L.R. 185, quashing resolutions passed by the City of Vancouver. Appeal allowed, Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

David W. Donohoe and *John G. Mendes*, for the appellant.

Terrance R. Bland, for the respondent.

Smith c. White City (Village) (1989), 81 Sask. R. 79; *Baird c. Corporation of the District of Oak Bay* (1982), 21 M.P.L.R. 278; *Wheeler c. Leicester City Council*, [1985] A.C. 1054; *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Hignell c. City of Winnipeg*, [1933] 3 W.W.R. 193.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2, 15.
Local Government Act 1972 (R.-U.), 1972, ch. 70, art. 135.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2).
Municipal Act, R.S.B.C. 1979, ch. 290, art. 223.
Race Relations Act 1976 (R.-U.), 1976, ch. 74, art. 71.
Vancouver Charter, S.B.C. 1953, ch. 55, art. 137 [abr. & rempl. 1965, ch. 68, art. 18; mod. 1974, ch. 104, art. 30], 148, 151, 153, 188, 189, 190, 199, 203, 272 [mod. 1977, ch. 40, art. 52; mod. 1985, ch. 89, art. 5].

Doctrine citée

Arrowsmith, Sue. *Government Procurement and Judicial Review*. Toronto: Carswell, 1988.
Makuch, Stanley M. *Canadian Municipal and Planning Law*. Toronto: Carswell, 1983.
McDonald, Ann. «In the Public Interest: Judicial Review of Local Government» (1983), 9 *Queen's L.J.* 62.
Rogers, Ian MacFee. *The Law of Canadian Municipal Corporations*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1971 (feuilles mobiles).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1991), 57 B.C.L.R. (2d) 345, 81 D.L.R. (4th) 353, [1991] 6 W.W.R. 319, 6 M.P.L.R. (2d) 109, 3 B.C.A.C. 310, 7 W.A.C. 310, motifs supplémentaires (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 285, 84 D.L.R. (4th) 157, [1991] 6 W.W.R. 325, 6 M.P.L.R. (2d) 109, à la p. 116, 3 B.C.A.C. 310, à la p. 314, 7 W.A.C. 310, à la p. 314, qui a infirmé une décision du juge Maczko (1990), 46 B.C.L.R. (2d) 346, 70 D.L.R. (4th) 374, 49 M.P.L.R. 185, annulant des résolutions adoptées par la ville de Vancouver. Pourvoi accueilli, le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents.

David W. Donohoe et *John G. Mendes*, pour l'appelante.

Terrance R. Bland, pour l'intimée.

Yvonne E. Milosevic, for the intervener the Attorney General of Canada.

M. David Lepofsky, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Françoise Saint-Martin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

The reasons of Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) — This appeal raises the issue of whether the elected representatives of a municipality may vote to refuse to give the municipality's business to a firm because of the conduct of the firm outside the municipality.

The facts are simple. In 1989 the Council of the City of Vancouver passed two resolutions (the "Resolutions"): first, not to do business with Shell Canada and Royal Dutch/Shell as long as Shell continues to do business in South Africa; and second, to declare the City a "Shell Free" zone until such time as Shell should disinvest from South Africa. At the time, apartheid was the legal regime in South Africa. The legalized discrimination which that regime sustained was abhorrent to many Canadians. Nations throughout the world had imposed trade embargoes against South Africa in protest against the regime. Canada was among those nations. Shell, however, continued to do business with South Africa, supplying it with fuel and other products vital to its economy. In particular, Shell was exporting sulphur to South Africa through the port of Vancouver. Many Vancouverites found this conduct to be offensive.

A delegation of citizens made representations to City Council seeking support for a boycott against Shell. On September 12, 1989, Council considered the matter. The councillors heard representations from people supporting the boycott. It also heard representations and received a brief from Shell Canada's representative, arguing against the boycott. Council was told that approximately 30 cities

Yvonne E. Milosevic, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

M. David Lepofsky, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Françoise Saint-Martin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — Le présent pourvoi soulève la question de savoir si les représentants élus d'une municipalité peuvent décider, par vote, que celle-ci ne fera pas affaire avec une société en raison de sa conduite à l'extérieur de la municipalité.

Les faits sont simples. En 1989, le conseil de la ville de Vancouver a adopté deux résolutions (les «résolutions»): la première voulant que la ville s'abstienne de traiter avec Shell Canada et le groupe Royal Dutch-Shell tant que Shell ferait des affaires en Afrique du Sud, et la seconde voulant que Vancouver soit une zone «sans Shell» jusqu'à ce que cette dernière se départisse de ses investissements en Afrique du Sud. À l'époque, l'apartheid était le régime légal en Afrique du Sud. La discrimination légalisée que maintenait ce régime répugnait à bien des Canadiens. En signe de protestation, des nations du monde entier, dont le Canada, avaient suspendu leurs opérations commerciales avec l'Afrique du Sud. Shell a toutefois continué de faire affaire avec ce pays en lui fournissant du carburant et d'autres produits essentiels à son économie. En particulier, Shell exportait du soufre vers l'Afrique du Sud depuis le port de Vancouver, ce qui choquait bien des Vancouverois.

Une délégation de citoyens a fait des démarches auprès du conseil municipal pour qu'il appuie le boycottage de Shell. Le 12 septembre 1989, le conseil s'est penché sur la question. Les conseillers ont entendu les observations des partisans du boycott. Ils ont également entendu les observations et reçu un dossier d'un représentant de Shell Canada qui s'opposait au boycottage. On a indiqué au con-

had adopted a preferential purchasing policy boycotting Shell products. After hearing both sides of the issue, the elected representatives of the government of the City of Vancouver passed the Resolutions impugned on this appeal.

The City's refusal to do business with Shell, standing alone, is not attacked, nor could it be. The City undoubtedly possesses a general power to buy its fuel from whomever it chooses. It is the reasons or motives for choosing not to deal with Shell which are attacked. They are attacked on the ground that they relate to the conduct of Shell outside the City, and hence to matters that are irrelevant to municipal concerns. The decision not to deal with Shell, valid in itself, is said to become invalid because it was made for purposes which are beyond the power of the City.

As will become apparent, I take the view that this case requires us to consider the appropriate approach to judicial review of municipal decisions. Broadly speaking, two approaches may be drawn from the cases: a narrow confining approach, and a broader more deferential approach. My colleague Justice Sopinka, as I understand his reasons, takes a narrow view of municipal powers and a strict approach to judicial review of municipal decisions. I advocate a more generous view of municipal powers and a more deferential approach to judicial review. In my view, the latter approach is the better of the two, having regard both to the authorities and to the modern conception of cities and municipalities.

Like Sopinka J., I view the central questions on this appeal as whether the Resolutions are beyond the powers of the City of Vancouver, and whether the Resolutions constitute unauthorized discrimination. Before considering these specific issues, however, I think it appropriate to address the availability of review in this case and the standard to be applied.

seil qu'une trentaine de villes avaient adopté, en matière d'achats, une politique préférentielle boycottant les produits Shell. Après avoir écouté les deux points de vue, les élus de la ville de Vancouver ont adopté les résolutions contestées en l'espèce.

Le refus de la ville de faire affaire avec Shell n'est pas en tant que tel attaqué, ni ne saurait l'être. La ville a sans aucun doute le pouvoir général d'acheter son carburant de qui elle veut. Ce sont les raisons ou les motifs de la décision de ne pas traiter avec Shell qui sont contestés parce qu'ils concernent la conduite de Shell à l'extérieur de la ville et qu'ils se rapportent donc à des questions étrangères aux préoccupations municipales. On prétend donc que la décision, valide en soi, de ne pas traiter avec Shell est devenue invalide du fait qu'elle a été prise à des fins excédant la compétence de la ville.

Comme nous allons le constater, j'estime qu'il nous faut en l'espèce examiner la façon dont il convient d'aborder le contrôle judiciaire des décisions d'une municipalité. D'une manière générale, deux modes d'interprétation se dégagent de la jurisprudence: l'interprétation étroite et restrictive et l'interprétation large fondée sur une plus grande retenue. Si je comprends bien ses motifs, mon collègue le juge Sopinka adopte une interprétation étroite des pouvoirs municipaux et aborde de manière stricte le contrôle judiciaire de décisions municipales. Je préfère une perception plus libérale des pouvoirs municipaux et une plus grande retenue dans la façon d'aborder le contrôle judiciaire. À mon avis, cette dernière interprétation est la meilleure des deux, compte tenu à la fois de la doctrine et de la jurisprudence ainsi que de la conception moderne des villes et des municipalités.

À l'instar du juge Sopinka, je suis d'avis que les questions fondamentales qui se posent en l'espèce sont celles de savoir si les résolutions en cause excèdent les pouvoirs de la ville de Vancouver et si ces résolutions constituent une forme de discrimination non autorisée. Je crois toutefois qu'avant d'examiner ces questions précises, il convient de s'interroger sur la possibilité d'un contrôle en l'espèce et sur la norme à appliquer.

A. The Availability and Standard of Judicial Review

1. *Are the Resolutions Subject to Judicial Review?*

The first Resolution embodies a decision not to do business with Shell. The second declares Vancouver "Shell Free" until Shell disinvests from South Africa. While the second Resolution is more vague than the first, the gravamen of Shell's complaint is that the City voted not to do business with it. The complaint, in essence, is that the City voted not to enter into contracts for the purchase of fuel with Shell.

There is a long line of cases in Canada holding that the purchasing decisions of a municipality, referred to as the procurement power, are immune from judicial review: *Haggerty v. City of Victoria* (1895), 4 B.C.R. 163 (S.C.); *Rogers v. City of Toronto* (1915), 33 O.L.R. 89 (H.C.); *Re Midnorthern Appliances Industries Corp. and Ontario Housing Corp.* (1977), 17 O.R. (2d) 290 (Div. Ct.); *Transhelter Group Inc. v. Committee on Works and Operations* (1984), 27 M.P.L.R. 244 (Man. C.A.). The assumption that government procurement is immune from judicial review rests on the traditional view that contract law is wholly in the realm of private law: S. Arrowsmith, *Government Procurement and Judicial Review* (1988), at pp. 10-21.

In more recent times, however, some courts have been willing to review governmental contractual powers: *Re Webb and Ontario Housing Corp.* (1978), 93 D.L.R. (3d) 187 (Ont. C.A.); *Prysiazniuk v. Regional Municipality of Hamilton-Wentworth* (1985), 10 O.A.C. 208 (Div. Ct.). Others have maintained the principle of immunity from review: *Re Ainsworth Electric Co. and Board of Governors of Exhibition Place* (1987), 58 O.R. (2d) 432 (Div. Ct.); *Associated Respiratory Services Inc. v. British Columbia (Purchasing Commission)* (1992), 70 B.C.L.R. (2d) 57 (S.C.); *Peter Kiewit Sons Co. v. Richmond (City)* (1992), 11 M.P.L.R. (2d) 110 (B.C.S.C.).

A. La possibilité de contrôle judiciaire et la norme applicable

1. *Les résolutions peuvent-elles faire l'objet d'un contrôle judiciaire?*

Dans la première résolution, on décide de ne pas faire affaire avec Shell. Dans la seconde, on déclare que Vancouver sera une zone «sans Shell» jusqu'à ce que celle-ci se départisse de ses investissements en Afrique du Sud. Bien que cette seconde résolution soit plus vague que la première, Shell se plaint surtout de ce que la ville a résolu de ne pas traiter avec elle. Elle se plaint essentiellement de ce que la ville a résolu de ne pas conclure de contrats d'achat de carburant avec Shell.

Il existe au Canada un long courant de jurisprudence voulant que les décisions d'une municipalité en matière d'achats — ce qu'on appelle le pouvoir d'approvisionnement — échappent au contrôle judiciaire: *Haggerty c. City of Victoria* (1895), 4 B.C.R. 163 (C.S.); *Rogers c. City of Toronto* (1915), 33 O.L.R. 89 (H.C.); *Re Midnorthern Appliances Industries Corp. and Ontario Housing Corp.* (1977), 17 O.R. (2d) 290 (C. div.); *Transhelter Group Inc. c. Committee on Works and Operations* (1984), 27 M.P.L.R. 244 (C.A. Man.). La présomption que l'approvisionnement gouvernemental échappe au contrôle judiciaire repose sur le point de vue traditionnel selon lequel le droit des contrats relève entièrement du domaine du droit privé: S. Arrowsmith, *Government Procurement and Judicial Review* (1988), aux pp. 10 à 21.

Plus récemment, toutefois, certains tribunaux se sont montrés disposés à contrôler les pouvoirs gouvernementaux en matière contractuelle: *Re Webb and Ontario Housing Corp.* (1978), 93 D.L.R. (3d) 187 (C.A. Ont.); *Prysiazniuk c. Regional Municipality of Hamilton-Wentworth* (1985), 10 O.A.C. 208 (C. div.). D'autres ont maintenu le principe de l'immunité relative au contrôle: *Re Ainsworth Electric Co. and Board of Governors of Exhibition Place* (1987), 58 O.R. (2d) 432 (C. div.); *Associated Respiratory Services Inc. c. British Columbia (Purchasing Commission)* (1992), 70 B.C.L.R. (2d) 57 (C.S.); *Peter Kiewit Sons Co. c. Richmond (City)* (1992), 11 M.P.L.R. (2d) 110 (C.S.C.-B.).

Against allowing judicial review of the purchasing power of governments is the argument that these are matters of private law. According to the private law of contract, each person, individual or corporate, has the right to contract with whom it chooses, and on the terms it chooses. The courts have not restricted this freedom of contract, but confine themselves to enforcement and interpretation of contracts. It has been said that a public body which seeks to procure goods or services is in the same position as any private individual or corporation which seeks to contract with another party. Vickers J. expressed this opinion in *Peter Kiewit Sons*, *supra*, where he held that the ordinary rules of private law apply to the public contracting process, and that judicial review does not lie for commercial decisions of public authorities. He explained (at p. 120) that "it would be inappropriate to allow both a public law and a private law remedy in situations involving government contracts where no particular procedure is prescribed by statute or regulation". Adding weight to the argument that government purchasing decisions should be immune from judicial review is the potential for excessive litigation, which may in turn result in significant inconvenience to the public through a disruption of the procurement process.

On oppose au contrôle judiciaire du pouvoir gouvernemental en matière d'achats l'argument voulant qu'il s'agisse là d'une question de droit privé. Suivant le droit privé en matière de contrats, chacun, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale, a le droit de contracter avec qui il veut et aux conditions qu'il choisit. Les tribunaux n'ont pas restreint cette liberté contractuelle et ils s'en tiennent à la mise à exécution et à l'interprétation des contrats. On a dit que l'organisme public qui cherche à obtenir des biens ou des services est dans la même situation que n'importe quel particulier ou société privée qui veut passer un contrat avec une autre partie. C'est l'opinion qu'a exprimée le juge Vickers dans la décision *Peter Kiewit Sons*, précitée, où il a statué que les règles ordinaires du droit privé s'appliquent au processus public de passation de contrats et que les décisions des autorités publiques en matière commerciale ne sauraient faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Il a expliqué (à la p. 120) qu'[TRADUCTION] «il ne conviendrait pas de permettre à la fois un recours de droit public et un recours de droit privé dans le cas de contrats gouvernementaux qui ne sont assujettis à aucune procédure particulière prescrite par une loi ou un règlement». L'argument selon lequel les décisions gouvernementales en matière d'achats devraient échapper au contrôle judiciaire est renforcé par le risque d'un nombre excessif de litiges qui peuvent à leur tour causer de graves inconvénients au public en perturbant le processus d'approvisionnement.

In favour of allowing judicial review of the procurement or purchasing power of governments is the argument that while this principle is valid for private contracts, the public nature of municipalities renders it inapplicable to them. As Arrowsmith states, *supra,* at p. 14, "there are many considerations applicable to public bodies and not to private which may justify different treatment of the two, even when engaged in similar activity". The most important difference is the fact that municipalities undertake their commercial and contractual activities with the use of public funds. Another consideration justifying different treatment of public contracting is the fact that a municipality's exercise of its contracting power may have consequences for

On fait valoir, à l'appui du contrôle judiciaire du pouvoir gouvernemental en matière d'approvisionnement ou d'achats, que ce principe, quoique valable pour les contrats privés, ne s'applique pas aux municipalités en raison de leur nature publique. Comme l'affirme Arrowsmith, *op. cit.*, à la p. 14, [TRADUCTION] «bon nombre de considérations applicables aux organismes publics, mais non aux organismes privés, peuvent justifier de les traiter différemment, même lorsque les activités exercées sont similaires». La différence la plus importante vient du fait que les municipalités se servent de deniers publics pour se livrer à leurs activités commerciales et contractuelles. Un traitement différent pour les contrats publics se justifie également par

other interests not taken into account by the purely consensual relationship between the council and the contractor. For example, public concerns such as equality of access to government markets, integrity in the conduct of government business, and the promotion and maintenance of community values require that the public procurement function be viewed as distinct from the purely private realm of contract law. Finally, it must be remembered that municipalities, unlike private individuals, are statutory creations, and must always act within the legal bounds of the powers conferred upon them by statute. In particular, council members cannot act in pursuit of their own private interests, but must exercise their contractual powers in the public interest.

On balance, it is my view that the doctrine of immunity from judicial review of procurement powers should not apply to municipalities. If a municipality's power to spend public money is exercised for improper purposes or in an improper manner, the conduct of the municipality should be subject to judicial review.

2. *The Proper Scope of Judicial Review*

Judicial review of municipal decisions is necessary. It is important that municipalities not assume powers which have not been conferred on them, that they not violate civil liberties, that disputes between them and other statutory bodies be resolved, and that abuses of power are checked. On the other hand, it is important that the courts not unduly confine municipalities in the responsible exercise of the powers which the legislature has conferred on them.

The two different approaches to construction of municipal powers alluded to earlier confronts us at this point: see A. McDonald, "In the Public Interest: Judicial Review of Local Government" (1983), 9 *Queen's L.J.* 62, at p. 64. The first approach is the narrow construction — pro-interventionist approach, expressed by the Ontario Court of

le fait que l'exercice par la municipalité de son pouvoir de contracter peut avoir des incidences sur d'autres intérêts qui n'entrent pas en ligne de compte dans les relations purement consensuelles qui existent entre le conseil et la partie qui obtient le contrat. Par exemple, certaines préoccupations du public, comme l'égalité d'accès aux marchés gouvernementaux, l'intégrité dans la conduite des affaires gouvernementales ainsi que la promotion et le maintien de valeurs collectives, exigent que la fonction d'approvisionnement public soit considérée comme distincte du domaine purement privé du droit des contrats. Enfin, il faut se rappeler que les municipalités, à la différence des particuliers, sont des créations de la loi et doivent toujours agir dans les limites de leurs pouvoirs légaux. En particulier, les membres du conseil ne sauraient défendre leurs propres intérêts privés en agissant, mais ils sont tenus d'exercer dans l'intérêt public leurs pouvoirs en matière contractuelle.

Somme toute, j'estime que le principe voulant que les pouvoirs d'approvisionnement échappent au contrôle judiciaire ne devrait pas s'appliquer aux municipalités. Si une municipalité exerce son pouvoir de dépenser les deniers publics à des fins ou d'une manière illégitimes, sa conduite devrait alors être assujettie au contrôle judiciaire.

2. *La portée légitime du contrôle judiciaire*

Le contrôle judiciaire des décisions municipales s'impose. Il importe que les municipalités ne s'arrogent pas des pouvoirs qui ne leur ont pas été attribués, qu'elles ne violent pas des libertés civiles, que les différends entre elles et d'autres organismes créés par la loi soient résolus et que les abus de pouvoir soient réprimés. Par ailleurs, il est important que les tribunaux ne limitent pas indûment les municipalités dans l'exercice responsable des pouvoirs dont le législateur les a investies.

C'est ici qu'entrent en jeu les deux façons différentes, évoquées plus haut, d'interpréter les pouvoirs municipaux: voir A. McDonald, «In the Public Interest: Judicial Review of Local Government» (1983), 9 *Queen's L.J.* 62, à la p. 64. La première est l'interprétation étroite et interventionniste formulée par la Cour d'appel de l'Ontario

Appeal in *Merritt v. City of Toronto* (1895), 22 O.A.R. 205, at p. 207:

> Municipal corporations, in the exercise of the statutory powers conferred upon them to make by-laws, should be confined strictly within the limits of their authority, and all attempts on their part to exceed it should be firmly repelled by the Courts.

The second approach is typified by the oft-cited decision *City of Hamilton v. Hamilton Distillery Co.* (1907), 38 S.C.R. 239, at p. 249. It was there held:

> In interpreting this legislation I would not desire to apply the technical or strict canons of construction sometimes applied to legislation authorizing taxation. I think the sections are, considering the subject matter and the intention obviously in view, entitled to a broad and reasonable if not, as Lord Chief Justice Russell said in *Kruse* v. *Johnson* [[1898] 2 Q.B. 91], at p. 99, a "benevolent construction," and if the language used fell short of expressly conferring the powers claimed, but did confer them by a fair and reasonable implication I would not hesitate to adopt the construction sanctioned by the implication.

This more liberal approach to statutory construction of municipal enabling statutes is also reflected in *Re Howard and City of Toronto* (1928), 61 O.L.R. 563, at p. 575, where the Ontario Court of Appeal held the following:

> What is or is not in the public interest is a matter to be determined by the judgment of the municipal council; and what it determines, if in reaching its conclusion it acted honestly and within the limits of its powers, is not open to review by the Court. . . .
>
> . . .
>
> The question of the relative balance of convenience or detriment to different persons is a matter which the Legislature has committed to the consideration and determination of the municipal council, and their judgment on that question, if *bona fide* exercised in what they believe to be the public interest, will not be interfered with by the Court. . . .

The classic enunciation of the second, more generous and flexible approach is that of Lord Greene M. R. in *Associated Picture Houses, Ltd. v.*

dans l'arrêt *Merritt c. City of Toronto* (1895), 22 O.A.R. 205, à la p. 207:

> [TRADUCTION] Dans l'exercice de leur pouvoir légal d'adopter des règlements municipaux, les municipalités devraient se conformer strictement à ce pouvoir et toute tentative de leur part de l'excéder devrait être repoussée énergiquement par les tribunaux.

La décision souvent citée *City of Hamilton c. Hamilton Distillery Co.* (1907), 38 R.C.S. 239, à la p. 249, illustre bien la seconde méthode. Dans cette décision, on a statué ceci:

> [TRADUCTION] En interprétant la présente loi, je ne souhaiterais pas appliquer les principes techniques et stricts d'interprétation parfois appliqués aux mesures législatives qui autorisent la perception d'impôts. À mon avis, compte tenu de l'objet et de l'intention manifestement visés, les articles peuvent être interprétés d'une manière libérale et raisonnable, ou à tout le moins «bienveillante», comme le lord juge en chef Russell l'a écrit dans l'arrêt *Kruse* c. *Johnson* [[1898] 2 Q.B. 91], à la p. 99. En outre, si le langage utilisé ne conférait pas expressément les pouvoirs revendiqués, mais le faisait par déduction juste et raisonnable, je n'hésiterais pas à adopter l'interprétation ainsi sanctionnée.

Cette façon plus libérale d'aborder l'interprétation de lois habilitantes municipales se reflète également dans l'arrêt *Re Howard and City of Toronto* (1928), 61 O.L.R. 563, à la p. 575, où la Cour d'appel de l'Ontario a conclu:

> [TRADUCTION] C'est au conseil municipal qu'il revient de déterminer si une question relève de l'intérêt public; sa décision, si elle est prise de bonne foi et dans le cadre de ses pouvoirs, n'est pas susceptible de révision par la cour. . .
>
> . . .
>
> La détermination des avantages et des inconvénients relatifs d'un règlement pour différentes personnes est une question que le législateur a confiée au conseil municipal. Son jugement sur ce point, s'il l'exerce de bonne foi dans ce qu'il estime être l'intérêt public, ne sera pas modifié par la cour. . .

L'énoncé classique de la seconde méthode plus libérale et plus souple est celui que fait le maître des rôles lord Greene dans l'arrêt *Associated Pic-*

Wednesbury Corp., [1948] 1 K.B. 223 (C.A.), at p. 228:

It is not to be assumed prima facie that responsible bodies like the local authority in this case will exceed their powers [and] . . . the court . . . must not substitute itself for that authority.

Judicial intervention, said Lord Greene, would be justified where there was evidence of bad faith or absurdity, where the decision was unreasonable in the sense that no reasonable authority could ever have come to it. But, he said at p. 230, "to prove a case of that kind would require something overwhelming. . .".

This Court has pronounced, on at least one occasion, in favour of a generous approach to the construction of municipal powers. In *Kuchma v. Rural Municipality of Tache*, [1945] S.C.R. 234, a by-law closing a road was challenged, *inter alia,* on the ground that it was not in the public interest. A unanimous Court upheld the by-law, stating, *per* Estey J. (at p. 243):

Upon the question of public interest, courts have recognized that the municipal council, familiar with local conditions, is in the best position of all parties to determine what is or is not in the public interest and have refused to interfere with its decision unless good and sufficient reason be established.

In *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674, in a passage cited on this appeal by Sopinka J., Iacobucci J., speaking for the Court, commented (at p. 687) that:

Municipalities are entirely the creatures of provincial statutes. Accordingly, they can exercise only those powers which are explicitly conferred upon them by a provincial statute.

However, the same reasons (at p. 688) advocated a "benevolent construction" of the provincial enabling legislation, quoting the foregoing passage from *City of Hamilton v. Hamilton Distillery Co.*

ture Houses, Ltd. c. Wednesbury Corp., [1948] 1 K.B. 223 (C.A.), à la p. 228:

[TRADUCTION] Il ne faut pas supposer de prime abord que des organismes responsables, comme les autorités locales en l'espèce, excéderont leurs pouvoirs [et] [. . .] la cour [. . .] ne doit pas se substituer à ces autorités.

L'intervention de la cour, a dit lord Greene, serait justifiée s'il y a preuve de mauvaise foi ou d'absurdité et si la décision a été déraisonnable en ce sens que des autorités raisonnables n'auraient jamais pu la prendre. Mais, a-t-il ajouté, à la p. 230, [TRADUCTION] «il faudrait une preuve accablante pour établir cela. . .».

À au moins une reprise, notre Cour s'est prononcée en faveur d'une interprétation libérale des pouvoirs municipaux. Dans l'affaire *Kuchma c. Rural Municipality of Tache*, [1945] R.C.S. 234, on contestait un règlement municipal prévoyant la fermeture d'un chemin pour le motif, notamment, qu'il n'était pas conforme à l'intérêt public. Le juge Estey a, au nom de la Cour à l'unanimité, confirmé la validité du règlement en affirmant, à la p. 243:

[TRADUCTION] En ce qui concerne l'intérêt public, les tribunaux ont reconnu que c'est le conseil municipal qui, connaissant bien la situation locale, est le mieux placé pour déterminer ce qui est ou ce qui n'est pas dans l'intérêt public, et ils ont refusé de toucher à la décision du conseil à moins que l'on ait établi l'existence de motifs valables et suffisants de le faire.

À la page 687 de l'arrêt *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674, dans un passage cité en l'espèce par le juge Sopinka, le juge Iacobucci fait remarquer au nom de la Cour que:

Les municipalités doivent leur existence aux lois provinciales. En conséquence, elles ne peuvent exercer que les pouvoirs qui leur sont expressément conférés par une loi provinciale.

Dans les mêmes motifs, toutefois, le juge Iacobucci, citant l'extrait de l'arrêt *City of Hamilton c. Hamilton Distillery Co.*, reproduit plus haut, préconise (à la p. 688) une interprétation «bienveillante» de la loi habilitante provinciale.

The weight of current commentary tends to be critical of the narrow, pro-interventionist approach to the review of municipal powers, supporting instead a more generous, deferential approach: S. M. Makuch, *Canadian Municipal and Planning Law* (1983), at pp. 5-6; McDonald, *supra*; Arrowsmith, *supra*, at p. 219. Such criticism is not unfounded. Rather than confining themselves to rectification of clear excesses of authority, courts under the guise of vague doctrinal terms such as "irrelevant considerations", "improper purpose", "reasonableness", or "bad faith", have not infrequently arrogated to themselves a wide and sweeping power to substitute their views for those of the elected representatives of municipalities. To the same effect, they have "read in" principles of statutory construction such as the one which states that a by-law cannot affect "common law rights" unless the statute confers authority to do so "in plain language or by necessary implication"; *City of Prince George v. Payne*, [1978] 1 S.C.R. 458, at p. 463. The result is that, to quote McDonald (at p. 79), "despite the court's protestations to the contrary, they do, in fact, interfere with the wisdom which municipal councils exercise".

Recent commentary suggests an emerging consensus that courts must respect the responsibility of elected municipal bodies to serve the people who elected them and exercise caution to avoid substituting their views of what is best for the citizens for those of municipal councils. Barring clear demonstration that a municipal decision was beyond its powers, courts should not so hold. In cases where powers are not expressly conferred but may be implied, courts must be prepared to adopt the "benevolent construction" which this Court referred to in *Greenbaum*, and confer the powers by reasonable implication. Whatever rules of construction are applied, they must not be used to usurp the legitimate role of municipal bodies as community representatives.

Les commentateurs actuels ont nettement tendance à critiquer l'interprétation étroite et interventionniste du contrôle des pouvoirs municipaux, et appuient plutôt une interprétation plus libérale fondée sur une plus grande retenue: S. M. Makuch, *Canadian Municipal and Planning Law* (1983), aux pp. 5 et 6; McDonald, *loc. cit.*; Arrowsmith, *op. cit.*, à la p. 219. Ces critiques ne sont pas sans fondement. Plutôt que de se borner à redresser les cas évidents d'excès de pouvoir, les tribunaux, sous prétexte d'appliquer de vagues notions doctrinales comme les «considérations non pertinentes», la «fin illégitime», le «caractère raisonnable» ou la «mauvaise foi», se sont souvent arrogé un large pouvoir de substituer leur point de vue à celui des élus municipaux. Ils ont, dans le même sens, eu recours à des principes d'interprétation législative comme celui voulant qu'un règlement municipal ne puisse porter atteinte aux «droits de common law» à moins que cela ne soit permis «par une loi formelle ou par voie d'interprétation nécessaire»; *Ville de Prince George c. Payne*, [1978] 1 R.C.S. 458, à la p. 463. Il en résulte, pour citer McDonald (à la p. 79), que [TRADUCTION] «malgré qu'ils se défendent de le faire, les tribunaux mettent effectivement en question la sagesse dont font preuve les conseils municipaux».

Il ressort d'un commentaire récent que l'on commence à s'accorder pour dire que les tribunaux doivent respecter la responsabilité qu'ont les conseils municipaux élus de servir leurs électeurs et de prendre garde de substituer à l'opinion de ces conseils leur propre avis quant à ce qui est dans le meilleur intérêt des citoyens. À moins qu'il ne soit clairement démontré qu'une municipalité a excédé ses pouvoirs en prenant une décision donnée, les tribunaux ne devraient pas conclure qu'il en est ainsi. Dans les cas où il n'y a pas d'attribution expresse de pouvoirs, mais où ceux-ci peuvent être implicites, les tribunaux doivent se montrer prêts à adopter l'interprétation «bienveillante» évoquée par notre Cour dans l'arrêt *Greenbaum* et à conférer les pouvoirs par déduction raisonnable. Quelles que soient les règles d'interprétation appliquées, elles ne doivent pas servir à usurper le rôle légitime de représentants de la collectivité que jouent les conseils municipaux.

Such an approach serves a number of purposes which the narrow interventionist approach does not. First, it adheres to the fundamental axiom that courts must accord proper respect to the democratic responsibilities of elected municipal officials and the rights of those who elect them. This is important to the continued healthy functioning of democracy at the municipal level. If municipalities are to be able to respond to the needs and wishes of their citizens, they must be given broad jurisdiction to make local decisions reflecting local values.

Second, a generous approach to municipal powers will aid the efficient functioning of municipal bodies and avoid the costs and uncertainty attendant on excessive litigation. Excessive judicial interference in municipal decision-making can have the unintended and unfortunate result of large amounts of public funds being expended by municipal councils in the attempt to defend the validity of their exercise of statutory powers. The object of judicial review of municipal powers should be to accord municipalities the autonomy to undertake their activities without judicial interference unless clearly warranted.

Thirdly, a generous approach to municipal powers is arguably more in keeping with the true nature of modern municipalities. As McDonald asserts (*supra,* at p. 100), the municipal corporation "has come a long way from its origins in a rural age of simple government demands". She and other commentators (see Makuch and Arrowsmith) advocate that municipal councils should be free to define for themselves, as much as possible, the scope of their statutory authority. Excessive judicial interference in the decisions of elected municipal councils may, as this case illustrates, have the effect of confining modern municipalities in the straitjackets of tradition. This rationale for a restrained approach to judicial intervention in the

Pareille interprétation sert un certain nombre de fins que ne sert pas l'interprétation étroite et interventionniste. Premièrement, elle est conforme à l'axiome fondamental selon lequel les tribunaux doivent accorder aux responsabilités démocratiques des élus municipaux et aux droits de leurs électeurs le respect qui leur revient. Cela est important pour assurer le maintien du bon fonctionnement de la démocratie au niveau municipal. Pour pouvoir répondre aux besoins et à la volonté de leurs citoyens, les municipalités doivent être investies d'une large compétence pour prendre des décisions locales qui reflètent des valeurs locales.

Deuxièmement, une interprétation libérale des pouvoirs municipaux favorisera l'efficacité des conseils municipaux tout en permettant d'éviter les frais et l'incertitude que comporte le recours excessif aux tribunaux. L'ingérence judiciaire excessive dans le processus décisionnel municipal peut avoir comme conséquence, à la fois non voulue et regrettable, que les conseils municipaux dépenseront des quantités considérables de deniers publics pour tenter de défendre la validité de l'exercice de leurs pouvoirs légaux. Le contrôle judiciaire des pouvoirs municipaux devrait avoir pour but d'accorder aux municipalités l'autonomie qu'il leur faut pour exercer leurs activités sans aucune intervention des tribunaux qui ne soit pas nettement justifiée.

Troisièmement, on peut soutenir qu'une interprétation libérale des pouvoirs municipaux s'accorde davantage avec la véritable nature des municipalités modernes. Comme l'affirme McDonald (*loc. cit.*, à la p. 100), les municipalités [TRADUCTION] «ont beaucoup évolué depuis leurs origines dans une société rurale qui n'exigeait du gouvernement que peu de choses». Elle et d'autres commentateurs (voir Makuch et Arrowsmith) préconisent que les conseils municipaux soient libres de définir eux-mêmes, dans la mesure du possible, l'étendue de leurs pouvoirs légaux. L'intervention judiciaire excessive dans les décisions de conseils municipaux élus, comme l'illustre la présente affaire, peut avoir pour effet d'enfermer les municipalités modernes dans le carcan de la tradition. Cette justification d'une façon mesurée d'aborder

decisions of municipal bodies is eloquently set out by McDonald (at pp. 100-101):

> Once elected . . . the council is entrusted with responsibility for governing, not just in the interest of those who elected them, but in the interest of the community generally, that is, *in the public interest*. This is a fairly vague and controversial concept, however. It is a generalized judgment of what is best for individuals, *as a part of a community*. From the perspective of particular individuals and interest groups, the public interest may be conceived differently and, as amongst them, views of the public interest will inevitably conflict. A council making its decision on the public interest will identify and weigh a wide variety of competing considerations: the demands of various interested parties, the advice of its experts, data from its own research resources. And it will undoubtedly be influenced by the preferences expressed by the electorate. The decision is ultimately a matter of choice and what a council decides is necessarily its own collective perception of the public interest.
>
> The voters of a community give their elected council members the final judgment in this controversy. Whether the councillors are right or wrong in their judgment depends on the vantage point of the person making this assessment, but in any event, this is the decision they were elected to make. There may, in fact, be no right or wrong in the matter. Persons displeased with a council's decision have "a remedy at the polls". [Footnote omitted.]
>
> It is not the court's function to make these decisions — either directly or indirectly. Primary responsibility for deciding the welfare of the community belongs to the municipal corporation. If the courts take upon themselves the judgment of the rightness or wrongness of council's decisions in these matters, they, as a body having no connection with local inhabitants, usurp the choice which the inhabitants conferred, by democratic process, on the council. If the courts are to interfere in this process, they must have a positive justification for doing so and that justification must relate to their own peculiar nature and function. [Emphasis in original.]

Finally, the broader, more deferential approach to judicial intervention in the decisions of municipalities is more in keeping with the flexible, more deferential approach this Court has adopted in

l'intervention des tribunaux dans les décisions de conseils municipaux est éloquemment exposée par McDonald (aux pp. 100 et 101):

> [TRADUCTION] Une fois élu [. . .] le conseil se voit confier la responsabilité de gouverner, non seulement dans l'intérêt de ceux qui ont élu les conseillers, mais dans l'intérêt de la collectivité en général, c'est-à-dire *dans l'intérêt public*. C'est là toutefois un concept assez vague et controversé. Il s'agit d'une appréciation généralisée de ce qui est préférable pour des particuliers *en tant que membres d'une collectivité*. Certains particuliers et groupes d'intérêts peuvent percevoir différemment l'intérêt public et ils en auront inévitablement des conceptions opposées. Le conseil municipal qui se prononce sur l'intérêt public identifiera et soupèsera toute une gamme de considérations opposées: les revendications de diverses parties intéressées, les conseils de ses experts, les données recueillies grâce à ses propres ressources en matière de recherche. Et il sera indubitablement influencé par les préférences exprimées par l'électorat. La décision est, en fin de compte, une question de choix et le parti que prend le conseil traduit nécessairement sa propre perception collective de l'intérêt public.
>
> Les électeurs d'une collectivité confient à leurs conseillers élus la tâche de trancher. Quant à savoir si les conseillers ont exercé leur jugement de manière juste ou erronée, cela tient à la position avantageuse de la personne qui fait l'appréciation, mais quoi qu'il en soit, c'est pour prendre ces décisions qu'ils ont été élus. Il se peut en fait qu'on n'ait ni tort ni raison en répondant à cette question. Les personnes auxquelles une décision du conseil déplaît peuvent «exprimer leur désaccord aux élections suivantes». [Renvoi omis.]
>
> Il n'appartient pas aux tribunaux de prendre, directement ou indirectement, ces décisions. La prise de décisions touchant le bien-être de la collectivité incombe d'abord et avant tout à la municipalité. Si les tribunaux prennent sur eux de juger du caractère bon ou mauvais des décisions du conseil sur ces questions, ils se trouvent, en tant qu'organismes n'ayant aucun lien avec la population locale, à faire le choix que celle-ci a, par le processus démocratique, confié au conseil. Pour intervenir dans ce processus, les tribunaux doivent avoir un motif concret de le faire, lequel doit se rapporter à leurs propres nature et fonction. [En italique dans l'original.]

En dernier lieu, la façon plus large et circonspecte d'aborder l'intervention judiciaire dans les décisions de municipalités concorde davantage avec la méthode que notre Cour a adoptée dans sa

recent cases to the judicial review of administrative agencies: *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756. The Court has repeatedly stressed the need for sensitivity to context and to the special expertise of tribunals. Where such expertise is established, deference may be warranted even to a tribunal's interpretation of its statutory powers: *Teamsters Union, Local 938 v. Massicotte*, [1982] 1 S.C.R. 710. There can be little justification for holding decisions on the welfare of the citizens by municipal councillors to a higher standard of review than the decisions of non-elected statutory boards and agencies.

These considerations lead me to conclude that courts should adopt a generous, deferential standard of review toward the decisions of municipalities. To say this is not new. Lord Greene said it in *Wednesbury*, and his words have been oft-quoted in Canada. Nevertheless, many courts have continued to take a narrow, interventionist approach to municipal decisions. This has prompted some writers to argue for a "threshold" test for judicial interference. McDonald, for example, suggests (at p. 108) that the courts should "defer to the municipality to determine what the public interest requires in the implementation of the powers conferred on it", provided that the "municipal action can be rationally supported and is not in violation of any judicial interest in the matter". Expressing this notion another way, it could be argued, by analogy to judicial review of administrative tribunals, that unless a municipality's interpretation of its power is "patently unreasonable", in the sense of being

jurisprudence récente en ce qui concerne le contrôle judiciaire d'organismes administratifs: *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756. La Cour a souligné, à maintes reprises, la nécessité d'être sensible au contexte et à l'expertise particulière des tribunaux administratifs. Dans les cas où cette expertise est établie, il peut convenir de faire preuve de retenue même à l'égard de l'interprétation que le tribunal administratif donne des pouvoirs que lui confère la loi: *Syndicat des camionneurs, section locale 938 c. Massicotte*, [1982] 1 R.C.S. 710. Il est difficilement justifiable d'assujettir les décisions de conseillers municipaux concernant le bien-être des citoyens à une norme de contrôle plus stricte que celle applicable aux décisions de commissions et d'organismes non élus constitués en vertu d'une loi.

Ces considérations m'amènent à conclure que, dans le contrôle des décisions de municipalités, les cours de justice devraient appliquer une norme libérale et fondée sur la retenue. Il n'y a là rien de nouveau. Lord Greene l'a dit dans l'arrêt *Wednesbury*, et ses propos ont souvent été cités au Canada. Nombre de tribunaux ont néanmoins continué d'adopter une interprétation étroite et interventionniste des décisions municipales. C'est ce qui a amené certains auteurs à préconiser l'application d'un critère «préliminaire» à l'intervention des tribunaux. McDonald, par exemple, dit (à la p. 108) que les tribunaux devraient [TRADUCTION] «laisser à la municipalité le soin de déterminer ce que commande l'intérêt public relativement à l'exercice de ses pouvoirs», pourvu que les [TRADUCTION] «mesures prises par la municipalité puissent rationnellement se justifier et ne soient pas contraires à quelque intérêt que peuvent avoir les tribunaux dans l'affaire». En d'autres termes, on pourrait soutenir, par analogie avec le contrôle judiciaire des décisions de tribunaux administra-

coloured by bad faith or some other abuse, the interpretation should be upheld.

It may be that, as jurisprudence accumulates, a threshold test for judicial intervention in municipal decisions will develop. For the purposes of the present case, however, I find it sufficient to suggest that judicial review of municipal decisions should be confined to clear cases. The elected members of council are discharging a statutory duty. The right to exercise that duty freely and in accordance with the perceived wishes of the people they represent is vital to local democracy. Consequently, courts should be reluctant to interfere with the decisions of municipal councils. Judicial intervention is warranted only where a municipality's exercise of its powers is clearly *ultra vires*, or where council has run afoul of one of the other accepted limits on municipal power.

This must be the theme. Against this background, I turn to the grounds of review advanced on this appeal: (1) that the Resolutions were beyond the City's powers; and (2) that the Resolutions violate the rule against discrimination.

B. Were the Resolutions Beyond the City's Powers?

The City's powers are determined by the *Vancouver Charter*, enacted by the Legislature of British Columbia. Generally, the Council may provide for "the good rule and government of the city": s. 189. This is in accordance with the purpose generally ascribed to municipal legislation — to promote the health, welfare, safety or good government of the municipality: I. M. Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations* (2nd ed. 1971), at p. 387. Specifically, "the City has full power to engage in any commercial, industrial or business undertaking": s. 137(1). This power extends to doing anything which is related to the commercial or business undertaking: "The Council, in addition to the powers specifically allotted to it, shall have

tifs, qu'à moins que l'interprétation qu'une municipalité donne de ses pouvoirs ne soit «manifestement déraisonnable» au sens d'être empreinte de mauvaise foi ou d'être de quelque autre manière abusive, il y a lieu de la maintenir.

Il se peut qu'à mesure que les décisions s'accumulent, il se dégage un critère préliminaire applicable à l'intervention judiciaire dans les décisions municipales. Toutefois, aux fins du présent pourvoi, j'estime qu'il suffit de proposer que le contrôle judiciaire des décisions municipales se limite aux cas évidents. Les conseillers élus exercent une fonction légale. Le droit d'exercer cette fonction librement et en conformité avec ce qu'ils perçoivent comme la volonté des gens qu'ils représentent est indispensable à une démocratie locale. Les tribunaux devraient donc hésiter à toucher aux décisions de conseils municipaux. L'intervention judiciaire n'est justifiée que si une municipalité a nettement excédé ses pouvoirs ou si un conseil n'a pas respecté l'une des autres limites admises à la compétence municipale.

Voilà ce que nous devons prendre comme thème. C'est dans ce contexte que j'aborde les motifs de contrôle avancés en l'espèce, à savoir (1) que les résolutions excédaient les pouvoirs de la ville, et (2) que les résolutions violent la règle interdisant la discrimination.

B. Les résolutions excédaient-elles les pouvoirs de la ville?

Les pouvoirs de la ville sont déterminés par la *Vancouver Charter* (ci-après la «Charte de Vancouver») qui a été adoptée par l'assemblée législative de la Colombie-Britannique. D'une manière générale, le conseil peut pourvoir au [TRADUCTION] «bon gouvernement de la ville»: art. 189. Cela est conforme à l'objet habituellement prêté à la législation municipale, c'est-à-dire favoriser la santé, le bien-être, la sécurité ou le bon gouvernement de la municipalité: I. M. Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations* (2e éd. 1971), à la p. 387. Plus précisément, [TRADUCTION] «la ville est pleinement habilitée à s'engager dans des entreprises commerciales ou industrielles»: par. 137(1). Ce pouvoir va jusqu'à permettre de faire tout ce qui se

power to do all such things as are incidental or conducive to the exercise of the allotted powers": s. 199. The City also has the power to acquire personal property required for the purposes of the City: s. 190.

Having conferred these broad powers on City Council, the *Vancouver Charter* goes on to specifically state areas in which Council can differentiate or discriminate between groups or classes — the areas of licensing and taxation: s. 203. Similarly, the grant of a special franchise, privilege, immunity or exception must be authorized by a by-law requiring the assent of the electors: s. 153.

The first Resolution in issue on this appeal, the Resolution not to do business with Shell until it stops trading with South Africa, clearly can be defended under the power of the City to engage in commercial and business activities. The City needs fuel. Fuel may be purchased from a variety of firms. This means that the City must of necessity discriminate between suppliers of fuel, as Sopinka J. concedes (at p. 282). The City and its agents doubtless make thousands of similar decisions each month, without any suggestion that the City must justify the reason why it chooses one firm over another.

The attack on this Resolution as well as on the second Resolution is based solely on the motives that led to its adoption. It is said the motives for choosing other companies over Shell are unrelated to the business of the City and that these improper purposes render the otherwise legitimate decision invalid.

At this point, we must inquire into the legal principles relevant to review of municipal decisions on the basis of motive. The actions of a statutory body or municipality can be said to be beyond its powers in one of two ways. First, it may be alleged that the action itself is beyond the authority's powers. Second, it may be alleged that while

rapporte à l'entreprise commerciale: [TRADUCTION] «Le conseil peut, en plus d'exercer les pouvoirs qui lui sont expressément attribués, accomplir toute chose accessoire ou favorable à l'exercice desdits pouvoirs»: art. 199. La ville a aussi le pouvoir d'acquérir les biens meubles nécessaires à la réalisation de ses objets: art. 190.

Ayant investi le conseil municipal de ces larges pouvoirs, la Charte de Vancouver poursuit en précisant les domaines (la délivrance de permis et la taxation) dans lesquels il lui est loisible d'établir des distinctions entre des groupes ou des catégories: art. 203. De même, l'attribution de droits, privilèges, immunités ou exemptions particuliers doit être autorisée par voie de règlement requérant l'assentiment des électeurs: art. 153.

La première résolution en cause dans le présent pourvoi, celle de s'abstenir de traiter avec Shell jusqu'à ce qu'elle mette fin à ses relations commerciales avec l'Afrique du Sud, peut nettement se justifier par le pouvoir de la ville de se livrer à des activités commerciales. La ville a besoin de carburant. Ce carburant peut être acheté à diverses sociétés. Cela signifie que la ville doit nécessairement faire de la discrimination entre les fournisseurs de carburant, comme le reconnaît le juge Sopinka (à la p. 282). La ville et ses représentants prennent sans doute chaque mois des milliers de décisions semblables, sans qu'on prétende qu'elle doit justifier le choix d'une société plutôt qu'une autre.

La contestation de cette résolution ainsi que de la seconde se fonde uniquement sur les motifs de son adoption. On affirme que les motifs de préférer d'autres sociétés à Shell n'ont rien à voir avec les affaires de la ville et que ces fins illégitimes viennent invalider une décision par ailleurs légitime.

Nous devons, à ce stade, examiner les principes de droit pertinents pour exercer sur les décisions municipales un contrôle fondé sur les motifs qui les sous-tendent. Les actes d'une municipalité ou d'un organisme créé par une loi peuvent être considérés comme excédant de l'une de deux façons ses pouvoirs. Premièrement, on peut prétendre que

the action is within the municipality's powers, the purpose for which the action was taken was outside the municipality's powers, thereby rendering the action itself invalid. This case falls into the second category.

The law governing review under this head is sometimes referred to as the "doctrine of improper purposes". The rule was first set out in an expropriation case, *Galloway v. Mayor and Commonalty of London* (1866), L.R. 1 H.L. 34, *per* Lord Cranworth (at p. 43):

> ... when persons embarking in great undertakings, for the accomplishment of which those engaged in them have received authority from the Legislature to take compulsorily the lands of others, making to the latter proper compensation, the persons so authorized cannot be allowed to exercise the powers conferred on them for any collateral object; that is, for any purposes except those for which the Legislature has invested them with extraordinary powers.

This doctrine has been applied to municipalities as well as to administrative agencies: *Lamb v. Town of Estevan* (1922), 16 Sask. L.R. 220 (C.A.); *Re Burns and Township of Haldimand* (1965), 52 D.L.R. (2d) 101 (Ont. C.A.). Recently, in England, it was used to invalidate a by-law similar to the resolutions at issue on this appeal: *R. v. Lewisham Borough Council, ex parte Shell UK Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 938 (Q.B.D.).

Nevertheless, application of the doctrine of improper purposes to municipal authorities remains problematic. Municipal legislation is governmental legislation, effected by duly elected representatives. It is often difficult to determine precisely what considerations may have led to the passage of legislation. Even where the preamble or text purports to give reasons, votes may have been cast for quite different reasons. While administrative boards give reasons expressly explaining the basis of their decision, this is not the case for governmental bodies. Thus Dickson J. noted in *Thorne's Hardware Ltd. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 106, at pp. 112-13: "governments may be

l'acte lui-même excède les pouvoirs des autorités en cause. Deuxièmement, on peut faire valoir que, même si l'acte est conforme au pouvoirs de la municipalité, la fin qu'il vise transcende ces pouvoirs, ce qui a pour effet d'invalider l'acte lui-même. La présente affaire tombe dans la seconde catégorie.

Parfois appelée la «règle des fins illégitimes», la règle de droit applicable au contrôle dans ce contexte a été énoncée pour la première fois dans une affaire d'expropriation, à savoir *Galloway c. Mayor and Commonalty of London* (1866), L.R. 1 H.L. 34, où lord Cranworth écrit (à la p. 43):

> [TRADUCTION] ... lorsque des individus se lancent dans de grandes entreprises pour la réalisation desquelles ils ont reçu du législateur le pouvoir d'exproprier des biens-fonds appartenant à des tiers, en contrepartie du versement d'une indemnité convenable pour ces derniers, ils ne sauraient être autorisés à exercer à des fins accessoires les pouvoirs qui leurs sont attribués, c'est-à-dire à toutes autres fins que celles pour lesquelles le législateur les a investis de pouvoirs extraordinaires.

C'est là une règle qui a été appliquée à des municipalités aussi bien qu'à des organismes administratifs: *Lamb c. Town of Estevan* (1922), 16 Sask. L.R. 220 (C.A.); *Re Burns and Township of Haldimand* (1965), 52 D.L.R. (2d) 101 (C.A. Ont.). Récemment, en Angleterre, on y a eu recours pour invalider un règlement municipal analogue aux résolutions ici en cause: *R. v. Lewisham Borough Council, ex parte Shell UK Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 938 (B.R.).

Néanmoins, l'application de la règle des fins illégitimes aux autorités municipales demeure problématique. La législation municipale est une législation gouvernementale adoptée par des représentants dûment élus. Il est souvent difficile de déterminer exactement les considérations qui ont pu mener à l'adoption d'une mesure législative donnée. Même dans le cas où le préambule ou le corps du texte est censé exposer des motifs, on peut avoir voté pour des raisons tout à fait différentes. Quoique les commissions administratives motivent explicitement leurs décisions, ce n'est pas le cas des organismes gouvernementaux. C'est ainsi que le juge Dickson fait remarquer dans l'ar-

moved by any number of political, economic, social or partisan considerations". He went on to state that as a general rule the motives of governments enacting subordinate legislation should not be inquired into.

A number of Canadian courts have rejected the notion that municipal legislation, short of evidence of bad faith, should be invalidated on the ground that it was passed for improper purposes, particularly in cases where the municipality can be seen as expressing the moral view of its citizens.

In Quebec, it has been held that in the absence of fraud, corruption or oppression, courts will not look behind a by-law to learn the motive: *Mounterbrooke Inc. v. City of Montreal*, [1963] R.L. 28. In Ontario, it was stated, *per* Middleton J., that "[w]ith regard . . . to all questions which arise regarding matters which have or are supposed to have some relation to morals or social questions, nothing could be more dangerous than any attempt to enter upon the motives and reasons which have actuated the legislative body": *Re Foster and Township of Raleigh* (1910), 22 O.L.R. 26, at p. 27.

More recently, in *Smith v. White City (Village)* (1989), 81 Sask. R. 79 (Q.B.), it was said that the courts will not inquire into the motives that may have actuated council members in passing a by-law except where such motive has been evidenced by some overt act of bad faith. It was held that it was not bad faith when council, instead of granting a permit for a video arcade, adopted a by-law prohibiting arcades directed exclusively at the applicant. The court acknowledged the role of council in "reflect[ing] the conscience of the community" (p. 80).

On the basis of these Canadian authorities, a case might be made that the court on this appeal

rêt *Thorne's Hardware Ltd. c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 106, aux pp. 112 et 113, que «[l]es gouvernements [. . .] peuvent être mus par une foule de considérations d'ordre politique, économique ou social, ou par leur propre intérêt». Il ajoute qu'en règle générale il n'y a pas lieu de s'enquérir des motifs qui ont incité un gouvernement à adopter une mesure législative accessoire.

Un certain nombre de tribunaux canadiens ont, particulièrement dans des cas où la municipalité pouvait être considérée comme exprimant le point de vue moral de ses citoyens, rejeté l'idée qu'il y a lieu, en l'absence d'une preuve de mauvaise foi, d'invalider une mesure législative municipale pour le motif qu'elle a été adoptée à des fins illégitimes.

Au Québec, il a été statué qu'en l'absence de fraude, de corruption ou d'oppression, les tribunaux ne chercheront pas à connaître les motifs qui sous-tendent l'adoption d'un règlement municipal: *Mounterbrooke Inc. c. City of Montreal*, [1963] R.L. 28. En Ontario, le juge Middleton a dit qu'[TRADUCTION] «[e]n ce qui concerne [. . .] toutes les questions qui se posent relativement à des points qui ont, ou sont censés avoir, un rapport quelconque avec la moralité ou avec des questions sociales, rien ne saurait être plus risqué que de tenter de déceler les motifs qui ont poussé le corps législatif à agir»: *Re Foster and Township of Raleigh* (1910), 22 O.L.R. 26, à la p. 27.

Plus récemment, dans la décision *Smith c. White City (Village)* (1989), 81 Sask. R. 79 (B.R.), on a dit que les tribunaux ne s'enquerront pas des motifs qui ont pu inciter des conseillers municipaux à adopter un règlement, à moins qu'il ne s'agisse d'un motif qui ressort de quelque acte manifeste de mauvaise foi. Il a été statué qu'il n'y avait pas eu mauvaise foi lorsque, plutôt que de délivrer un permis pour une salle de jeux vidéo, le conseil a adopté un règlement interdisant de telles salles de jeux qui visait exclusivement le requérant. La cour a reconnu que le rôle du conseil était de [TRADUCTION] «refléter la conscience collective» (p. 80).

Compte tenu de cette jurisprudence canadienne, on pourrait soutenir qu'il ne convient pas, dans le

should not inquire into the motives of the City of Vancouver in deciding not to deal with Shell. That question, however, need not be decided on this appeal, since I am satisfied that in any event, the motives of the City of Vancouver cannot be said to have exceeded the powers which the Legislature has conferred on it.

The question is whether City Council's motives in this case fall outside the area of the City's legitimate concern. The *Vancouver Charter* empowers Council to "provide for the good rule and government of the city": s. 189. My colleague and I agree that this clause permits Vancouver City Council to enact measures for the benefit or welfare of the inhabitants of the City. We part company on what this phrase includes.

My colleague adopts a narrow view of the welfare of the inhabitants of the City. He asserts that the City's Resolutions effect a purpose "without any identifiable benefit to its inhabitants" (p. 280) and speaks of "matters external to the interests of the citizens" (p. 279). He appears to define "municipal purposes" essentially in terms of provision of basic services to the inhabitants of the City.

I would cast the proper functions of a municipality in a larger mould. The term "welfare of the citizens", it seems to me, is capable of embracing not only their immediate needs, but also the psychological welfare of the citizens as members of a community who have an interest in expressing their identity as a community. Our language recognizes this: we speak of civic spirit, of city pride. This suggests that City Council may properly take measures related to fostering and maintaining this sense of community identity and pride. Among such measures may be found community expression of disapproval or approval of different types of conduct, wherever it is found. The right of free expression, one of the most fundamental values of our society, may be exercised individually or collectively. Are the citizens of a city to be prevented from expressing through their elected representatives their disapproval of conduct which they feel

présent pourvoi, que la Cour s'enquière de ce qui a poussé la ville de Vancouver à décider de ne pas traiter avec Shell. Il n'est toutefois pas nécessaire de trancher cette question en l'espèce puisque je suis convaincue que, de toute façon, on ne saurait affirmer que les motifs de la ville de Vancouver ont excédé les pouvoirs que lui a conférés l'assemblée législative.

Il s'agit de déterminer si les motifs du conseil municipal en l'espèce transcendent le domaine de préoccupation légitime de la ville. L'article 189 de la Charte de Vancouver habilite le conseil à «pourvoir au bon gouvernement de la ville». Mon collègue et moi convenons que cet article permet au conseil municipal de Vancouver de prendre des mesures au profit ou pour le bien-être des habitants de la ville. C'est sur le contenu de cette expression que nos opinions divergent.

Mon collègue adopte une perception étroite du bien-être des habitants de la ville. Il affirme que les résolutions de la ville visent un objet qui «ne comporte[. . .] aucun bénéfice précis pour ses citoyens» (p. 280) et il parle de «motifs étrangers aux intérêts des citoyens» (p. 279). Il semble définir les «objets municipaux» essentiellement en fonction de la fourniture de services essentiels aux habitants de la ville.

Pour ma part, je donnerais une portée plus large aux fonctions légitimes d'une municipalité. L'expression «bien-être des citoyens», me semble-t-il, peut englober non seulement les besoins immédiats, mais aussi le bien-être psychologique des citoyens en tant que membres de la collectivité intéressés à exprimer leur identité collective. Nous le reconnaissons d'ailleurs lorsque nous parlons d'esprit civique ou de fierté municipale. Cela porte à croire que le conseil municipal peut à bon droit prendre des mesures visant à favoriser et à maintenir ce sentiment d'identité et de fierté collectives. Parmi de telles mesures peuvent figurer l'expression par la collectivité de son approbation ou de sa désapprobation de différents types de conduite, peu importe l'endroit où ils se manifestent. Le droit à la liberté d'expression, qui est l'une des valeurs les plus fondamentales de notre société, peut s'exercer individuellement ou collectivement. Faut-il empê-

to be improper? Are they to be forced to do business with a firm whose conduct they see as objectionable, simply because the conduct occurs outside the territorial boundaries of the city? Can the desire of the citizens' elected representatives to express their views on such matters and to withdraw support for the conduct to which they object by refusing to do business with its perpetrators be said to be totally unrelated to the welfare and interests of the citizens of the city? To all these questions I would answer no.

A number of considerations support this view. The first is the need, referred to earlier, to adopt a generous approach toward municipal legislation. Courts should not be quick to substitute their views for those of elected council members on what will best serve the welfare of the city's citizens. That is the responsibility of the elected councillors. Unless they have clearly gone beyond the city's powers, the courts should not interfere: *Kuchma v. Rural Municipality of Tache*, *supra*.

The second consideration supporting this view is the wording of the *Vancouver Charter*. As I read it, it amply supports a broad view of the City's proper concerns. The Council is to "provide for the good rule and government of the city": s. 189. These words are not restricted to the provision of services. They are broad enough to encompass expression of community concerns about what is happening outside the community's boundaries. Collective expression through elected representatives may be seen as a proper function of "government". As such, it falls within s. 189 of the *Vancouver Charter*. A broad approach to the powers of the City finds further support in s. 199, which allows Council "to do all such things as are incidental or conducive to the exercise of the allotted powers".

My colleague Sopinka J. dismisses these provisions as "general sections found in most if not all

cher les habitants d'une ville d'exprimer par l'intermédiaire de leurs élus leur réprobation d'une conduite qu'ils jugent irrégulière? Faut-il contraindre lesdits habitants à faire affaire avec une société dont la conduite leur paraît répréhensible, du simple fait que la conduite en question a lieu en dehors des limites de la ville? Peut-on affirmer que le bien-être et les intérêts des habitants d'une ville n'ont absolument rien à voir avec la volonté de leurs représentants élus d'exprimer leur point de vue sur de telles questions et de retirer leur appui à une conduite à laquelle ils s'opposent, en refusant de faire affaire avec ceux qui l'adoptent? Je répondrais par la négative à toutes ces questions.

Un certain nombre de considérations militent en faveur de ce point de vue. La première est la nécessité, mentionnée précédemment, d'interpréter de façon libérale la législation municipale. Les tribunaux ne doivent pas s'empresser de substituer leur propre opinion à celle des conseillers élus sur ce qui assurera le mieux le bien-être des habitants d'une ville. C'est aux conseillers élus qu'il incombe de le faire. À moins que ceux-ci n'aient clairement excédé les pouvoirs de la ville, les tribunaux ne devraient pas intervenir: *Kuchma c. Rural Municipality of Tache*, précité.

La deuxième considération appuyant mon point de vue est le texte de la Charte de Vancouver. Selon moi, il justifie amplement une interprétation large des préoccupations légitimes de la ville. Le conseil peut «pourvoir au bon gouvernement de la ville»: art. 189. Ces mots ne visent pas que la prestation de services. Ils sont assez généraux pour comprendre l'expression des préoccupations de la collectivité concernant ce qui se passe en dehors des limites de la ville. L'expression collective par l'intermédiaire de représentants élus peut être considérée comme une fonction légitime de «gouvernement». Cette expression relève à ce titre de l'art. 189 de la Charte de Vancouver. L'interprétation large des pouvoirs de la ville est en outre étayée par l'art. 199, qui autorise le conseil à «accomplir toute chose accessoire ou favorable à l'exercice [des] pouvoirs [qui lui ont été attribués]».

Mon collègue le juge Sopinka écarte ces articles pour le motif que ce sont des «dispositions géné-

municipal Acts" which "must be construed subject to the limitations imposed by the purpose of the statute as a whole" (p. 278). He concludes that "[a]ny powers implied from their general language must be restricted to municipal purposes and cannot extend to include the imposition of a boycott based on matters external to the interests of the citizens of the municipality" (pp. 278-79). It seems to me that this reasoning begs the essential question: what are proper "municipal purposes"? What matters are truly "external to the interests of the citizens"? In determining the answers to these questions, it is important to recognize the changing nature and role of municipal government in Canada. As noted earlier, municipalities have evolved significantly over the last century, in both size and purpose. As Rogers states, *supra*, § 63.31, at p. 357: "Functions generally accepted as being within the purview of legitimate municipal endeavour today were not always so regarded . . .". Thus, even if the expression of collective values was not traditionally seen as a function of municipal authorities, the growing sophistication and stature of a contemporary city such as Vancouver requires that the scope of "municipal purposes" be determined with reference to this current reality.

Nor can I agree that the fact that the *Vancouver Charter* authorizes the City to participate in public works projects with other municipalities and to acquire property for City purposes indicates the intent that in no other cases may the Council consider matters or events outside the boundaries of the City. These provisions seem to me not to be directed at the issue of territorial boundaries, so much as to defining the sorts of activities the municipality can engage in, wherever they may take place.

Finally, I cannot agree with my colleague that the phrase "good rule and government of the city"

rales qui figurent dans la plupart sinon dans la totalité des lois municipales» et qui «doivent être interprété[e]s sous réserve des restrictions imposées par l'objet de la loi prise dans son ensemble» (p. 278). Il conclut que «[t]ous pouvoirs qui découlent implicitement de la formulation générale de ces dispositions doivent se limiter à des objets municipaux et ne peuvent aller jusqu'à inclure l'imposition d'un boycottage fondée sur des motifs étrangers aux intérêts des citoyens» (pp. 278 et 279). Ce raisonnement me semble éluder la question essentielle de savoir ce qui constitue des «objets municipaux» légitimes et ce qui est véritablement «étranger aux intérêts des citoyens». En y répondant, il importe de reconnaître la nature et le rôle changeants du gouvernement municipal au Canada. Comme je l'ai déjà fait remarquer, les municipalités, ont au cours des cent dernières années, évolué de façon remarquable tant sur le plan de leur taille que sur celui de leur objet. Comme l'affirme Rogers, *op. cit.*, par. 63.31, à la p. 357: [TRADUCTION] «Des fonctions généralement acceptées aujourd'hui comme relevant de la compétence légitime des municipalités n'ont pas toujours été perçues ainsi . . .». Donc, même si l'expression de valeurs collectives n'était pas traditionnellement considérée comme une fonction des autorités municipales, la complexité et l'importance croissantes d'une ville contemporaine comme Vancouver exigent que la portée des «objets municipaux» soit déterminée en fonction de cette réalité actuelle.

Je ne puis non plus accepter que le fait que la Charte de Vancouver autorise la ville à participer à des travaux publics avec d'autres municipalités et à acquérir des biens pour la réalisation de ses objets indique qu'on a voulu que le conseil ne puisse, dans aucun autre cas, tenir compte d'affaires ou d'événements qui se déroulent en dehors des limites de la ville. Ces dispositions, me semble-t-il, ne visent pas tant la question des limites territoriales qu'à définir les types d'activités auxquelles peut se livrer la municipalité, peu importe où elles peuvent avoir lieu.

Enfin, je ne partage pas l'avis de mon collègue que l'expression «bon gouvernement de la ville»

(p. 278) places a territorial limit on the factors which Council may consider in making decisions which are within its express power to make. The phrase is capable of encompassing matters outside the City's boundaries, provided they relate to the welfare of its citizens.

The truth of the matter is that provisions in municipal Acts for the "good government" or general welfare of the citizens, far from being mere surplusage as my colleague suggests, found their origin in the desire of legislatures to prevent the decisions of municipal councillors being struck down by the courts. If the courts interpret them narrowly, they will defeat the very purpose for which these provisions were enacted. Rogers states, *supra,* § 63.35, at p. 364:

> Undoubtedly the inclusion of "general welfare" provisions was intended to circumvent, to some extent, the effect of the doctrine of *ultra vires* which puts the municipalities in the position of having to point to an express grant of authority to justify each corporate act.

Even accepting that lower courts have held that these phrases must be read "subject to the general intent and purport of legislation respecting municipal institutions" (Rogers, *supra*, § 63.35, at p. 366), the fact remains that legislatures introduce clauses such as these for the very purpose of permitting municipalities themselves to decide what is in the best interests of their citizenry.

A third consideration supporting a broader view of the City's powers is the fact that many other municipalities interpret their mandate in similar terms. The City of Vancouver does not stand alone in its view that the welfare of its citizens extends to action based on the community's moral views about what may be happening outside the municipality. Council was advised, before adopting the Resolutions, that approximately 30 cities had adopted a preferential purchasing policy boycotting Shell products. The brief which Shell filed before City Council contains a copy of a publication which informs us that "[a] number of local governments in the US are relentlessly pursuing

(p. 278) circonscrit territorialement les facteurs dont le conseil peut tenir compte en prenant des décisions qu'il est expressément habilité à prendre. Cette expression peut englober des affaires qui se déroulent en dehors des limites de la ville, pourvu qu'elles se rapportent au bien-être de ses habitants.

En vérité, les dispositions relatives au «bon gouvernement» ou au bien-être général des citoyens qui figurent dans les lois municipales, loin d'être simplement superfétatoires, comme le prétend mon collègue, procèdent de la volonté des assemblées législatives d'empêcher que les décisions de conseillers municipaux soient invalidées par les tribunaux. Si les tribunaux les interprètent restrictivement, ils se trouveront à contrecarrer leur objet même. Rogers, *op. cit.*, dit (par. 63.35, à la p. 364):

> [TRADUCTION] Sans doute, l'inclusion de dispositions en matière de «bien-être général» visait à contourner dans une certaine mesure l'effet de la théorie de l'*ultra vires* qui oblige les municipalités à invoquer une attribution expresse de pouvoir pour justifier chaque acte qu'elles accomplissent.

Même si l'on admet que des juridictions inférieures ont statué que ces expressions doivent être interprétées [TRADUCTION] «sous réserve de l'esprit et de l'objet généraux de la législation relative aux institutions municipales» (Rogers, *op. cit.*, par. 63.35, à la p. 366), il n'en demeure pas moins que les assemblées législatives insèrent des clauses comme celles-ci précisément pour permettre aux municipalités elles-mêmes de décider ce qui est dans le meilleur intérêt de leurs habitants.

Une troisième considération militant en faveur d'une conception plus large des pouvoirs de la ville est le fait que bien d'autres municipalités interprètent leur mandat de façon analogue. La ville de Vancouver n'est pas seule à estimer que, pour assurer le bien-être de ses habitants, elle peut aller jusqu'à prendre des mesures fondées sur la perception morale qu'a la collectivité de ce qui peut se passer à l'extérieur de la municipalité. Le conseil avait été informé, avant l'adoption des résolutions en cause, qu'une trentaine de villes avaient adopté, en matière d'achats, une politique préférentielle boycottant les produits Shell. Le dossier que Shell a déposé devant le conseil municipal

pledges they made a few years ago to stop doing business with companies that continue to sell to South Africa .... One such local government is Dade County, Florida, which includes the city of Miami". Clearly many municipalities share the view that the welfare of the citizens of a city extends to declining to do business with companies whose conduct the citizenry finds to be morally unacceptable.

Finally, support can be found in the case law for the proposition that it is within the powers of Canadian municipal authorities to act for purposes that touch on matters outside their physical boundaries. In a case very like this one, *Baird v. Corporation of the District of Oak Bay* (1982), 21 M.P.L.R. 278, the British Columbia Supreme Court upheld a by-law providing for a referendum on nuclear disarmament. On my colleague's reasoning, the by-law would have been invalid, disarmament being a matter of national and international concern. Proudfoot J., however, held (at p. 280) that this was "a question that affects the municipality and with which the council has power to deal".

Against this Canadian authority stands the English case of *R. v. Lewisham London Borough Council, ex parte Shell UK Ltd.*, *supra*. There the court quashed a decision by the Borough Council to boycott Shell's products with a view to improving race relations within the borough and to pressuring Shell to divest from South Africa. However, the case may be of limited assistance in the case at hand.

First, as my colleague Sopinka J. notes, that decision appears to be based on the restriction in England of municipal governments to purely narrow "regulatory" functions in implementation of

contient un exemplaire d'une publication qui nous apprend qu'[TRADUCTION] «[u]n certain nombre de gouvernements locaux aux États-Unis honorent implacablement les engagements qu'ils ont pris, il y a quelques années, de cesser de traiter avec des sociétés qui continuent à vendre leurs produits à l'Afrique du Sud [. . .] Un de ces gouvernements locaux est le comté de Dade en Floride, qui comprend la ville de Miami». Il est évident que bien des municipalités partagent l'opinion voulant que, pour assurer le bien-être des habitants d'une ville, on puisse aller jusqu'à refuser de traiter avec des sociétés dont la conduite est jugée moralement inacceptable par ceux-ci.

Enfin, on peut trouver dans la jurisprudence de quoi appuyer la proposition selon laquelle les autorités municipales canadiennes sont habilitées à agir à des fins qui touchent à des affaires qui se déroulent en dehors de leurs limites territoriales. Dans l'affaire *Baird c. Corporation of the District of Oak Bay* (1982), 21 M.P.L.R. 278, qui est fort semblable à celle dont nous sommes saisis, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a confirmé la validité d'un règlement municipal prévoyant la tenue d'un référendum sur la question du désarmement nucléaire. Suivant le raisonnement de mon collègue, ce règlement aurait été invalide du fait que le désarmement est une question d'intérêt national et international. Le juge Proudfoot conclut toutefois, à la p. 280, qu'il s'agit d'[TRADUCTION] «une question qui touche la municipalité et que le conseil a le pouvoir d'examiner».

À l'encontre de cette décision canadienne il y a la décision anglaise *R. c. Lewisham London Borough Council, ex parte Shell UK Ltd.*, précitée, où la cour a annulé la décision qu'avait prise le conseil municipal de boycotter les produits Shell afin d'améliorer les relations interraciales dans la municipalité et de contraindre Shell à se départir de ses investissements en Afrique du Sud. Il se peut cependant que cette décision ne soit que de peu d'utilité en l'espèce.

Premièrement, comme le fait remarquer mon collègue le juge Sopinka, cette décision semble reposer sur le fait qu'en Angleterre les gouvernements municipaux ne remplissent que des fonc-

the legislation of Parliament. This narrow role is reflected in the statutory regime under which all local governments in Britain must operate, a regime which is substantially different from that in issue in the case before us. For example, under s. 135 of the *Local Government Act 1972* (U.K.), 1972, c. 70, all local authorities are required to make standing orders governing contract procedures, which in turn must make provision for the calling of tenders. As Southin J.A. noted in the court below, the *Vancouver Charter* contains no similar requirement that the City put out its requirements for goods to tender, and the City has not passed any by-law tying itself to any tendering scheme.

Second, in making its decision, the court in *Lewisham* left to one side the powers of the Borough Council to act for the "good government" of the borough or to do business. Rather, as the court noted, the whole argument was directed to the scope of s. 71 of the *Race Relations Act 1976* (U.K.), 1976, c. 74, which places a duty on local authorities to take measures aimed at eliminating unlawful racial discrimination.

Finally, *Lewisham* seems to have turned, at least in part, on the perception that the borough was attempting to "punish" Shell; in doing this it was seen as exceeding its authority. The court relied on *Wheeler v. Leicester City Council*, [1985] A.C. 1054 (H.L.), where, contrary to its previous practice, a city council refused to allow a local rugby club which had visited South Africa to use the city's recreational grounds. The House of Lords held that it was unreasonable to punish the club for not conforming to the council's political beliefs. Significantly, the city's anti-apartheid policy itself was not attacked. It is doubtful that the *Wheeler* rationale of punishment could find any application to the Resolutions in the case before us. The Vancouver City Council does not appear to have been

tions purement «réglementaires» pour ce qui est d'appliquer la législation du Parlement. Ce rôle restreint se reflète dans le régime légal auquel sont assujettis tous les gouvernements locaux en Grande-Bretagne, régime qui diffère sensiblement de celui dont il est question en l'espèce. Par exemple, aux termes de l'art. 135 de la *Local Government Act 1972* (R.-U.), 1972, ch. 70, toutes les autorités locales sont tenues d'établir des règlements régissant la procédure en matière contractuelle qui, à son tour, doit prévoir le recours à l'appel d'offres. Comme l'a souligné le juge Southin de la Cour d'appel en l'espèce, la Charte de Vancouver n'oblige pas la ville à lancer des appels d'offres pour se procurer les biens dont elle a besoin, et la ville n'a adopté aucun règlement en ce sens.

Deuxièmement, en rendant sa décision dans l'affaire *Lewisham*, la cour n'a pas tenu compte des pouvoirs qu'avait le conseil municipal de prendre des mesures pour le «bon gouvernement» de la municipalité ou de se livrer à des activités commerciales. Comme l'a fait remarquer la cour, l'argumentation concernait plutôt uniquement la portée de l'art. 71 de la *Race Relations Act 1976* (R.-U.), 1976. ch. 74, qui oblige les autorités locales à prendre des mesures en vue d'éliminer la discrimination fondée sur la race.

Finalement, la décision *Lewisham* semble reposer, du moins en partie, sur la perception que la municipalité tentait de [TRADUCTION] «punir» Shell, ce qui était considéré comme excédant ses pouvoirs. La cour s'est fondée sur l'affaire *Wheeler v. Leicester City Council*, [1985] A.C. 1054 (H.L.), où un conseil municipal avait, contrairement à son habitude, refusé à une équipe locale de rugby, qui s'était rendue en Afrique du Sud, la permission de se servir du terrain de jeux de la ville. La Chambre des lords a statué qu'il était déraisonnable de punir l'équipe parce qu'elle ne s'était pas conformée aux croyances politiques du conseil. Fait révélateur, la politique antiapartheid de la ville n'était pas elle-même contestée. Il est douteux que la notion de punition retenue dans l'arrêt *Wheeler* puisse s'appliquer aux résolutions en cause dans la présente affaire. Le conseil de la ville de Vancou-

motivated by a desire to punish Shell. Nor was Shell deprived of a "right" or entrenched privilege.

Given these differences, the decision in *Lewisham* is of questionable assistance on this appeal. I prefer the view of Proudfoot J. in *Baird*, *supra*, that matters that transcend municipal boundaries may properly serve as motives for municipal decisions.

As discussed earlier, scholars are critical of the frequency with which courts disguise an assessment for reasonableness in the cloak of a review for *vires*. On one view of my colleague's reasons, they do this very thing. Sopinka J. correctly states that the reasonableness of the Resolutions is not in issue, only the power of the City to pass them (p. 274). Yet he goes on to hold that the Resolutions must fall because they are "based on matters external to the interests of the citizens of the municipality" (p. 279). But that is the very question at stake. What is external to the interests of the citizens? What, conversely, is in their interests? The City councillors, after hearing both sides, took one view — a view which many other municipal councils have taken. My colleague takes another. In my view, it is the Council's judgment which should prevail. To repeat the words of Estey J. in *Kuchma v. Rural Municipality of Tache*, *supra* (at p. 243):

> Upon the question of public interest, courts have recognized that the municipal council, familiar with local conditions, is in the best position of all parties to determine what is or is not in the public interest. . . .

In summary on the first issue, I am satisfied that the purposes of City Council in resolving not to do business with Shell were proper and fell within the powers of the City under the *Vancouver Charter*.

ver ne semble pas avoir été mû par la volonté de punir Shell. Cette dernière ne s'est pas non plus vu privée d'un «droit» ou d'un privilège consacré.

Étant donné ces différences, il est douteux que l'arrêt *Lewisham* nous soit utile pour trancher le présent pourvoi. Je préfère le point de vue exprimé par le juge Proudfoot dans la décision *Baird*, précitée, à savoir que des décisions municipales peuvent à bon droit être motivées par des considérations qui transcendent les limites de la municipalité.

Comme je l'ai déjà indiqué, les auteurs de doctrine reprochent aux tribunaux de procéder souvent à un examen du caractère raisonnable sous le couvert d'un examen visant à déterminer s'il y a eu excès de pouvoir. Selon une interprétation des motifs de mon collègue, c'est exactement ce qu'ils font. Le juge Sopinka affirme avec raison que ce qui est en cause n'est pas le caractère raisonnable des résolutions, mais seulement le pouvoir de la ville de les adopter (p. 274). Pourtant, il ajoute que les résolutions doivent être invalidées parce qu'elles sont «fondée[s] sur des motifs étrangers aux intérêts des citoyens» (p. 279). Mais c'est précisément là la question en litige. Qu'est-ce qui est étranger aux intérêts des citoyens? Et, inversement, qu'est-ce qui est dans leur intérêt? Les conseillers municipaux, après avoir entendu les deux points de vue, en ont retenu un — celui adopté par bon nombre d'autres conseils municipaux. Mon collègue adopte un autre point de vue. À mon avis, c'est le jugement du conseil qui devrait l'emporter. Pour reprendre les propos du juge Estey dans l'arrêt *Kuchma c. Rural Municipality of Tache*, précité (à la p. 243):

> [TRADUCTION] En ce qui concerne l'intérêt public, les tribunaux ont reconnu que c'est le conseil municipal qui, connaissant bien la situation locale, est le mieux placé pour déterminer ce qui est ou ce qui n'est pas dans l'intérêt public. . .

En résumé, je suis convaincue, relativement à la première question, que le conseil municipal a visé des fins légitimes en décidant de ne pas faire affaire avec Shell et que ces objets relevaient des pouvoirs conférés à la ville par la Charte de Vancouver.

C. Are the Resolutions Invalid on the Ground of Discrimination?

The City has conceded that the Resolutions discriminate against Shell. The only issue is whether the discrimination is authorized by the *Vancouver Charter*.

The rule pertaining to municipal discrimination is essentially concerned with the municipality's power. Municipalities must operate within the powers conferred on them under the statutes which create and empower them. Discrimination itself is not forbidden. What is forbidden is discrimination which is beyond the municipality's powers as defined by its empowering statute. Discrimination in this municipal sense is conceptually different from discrimination in the human rights sense; discrimination in the sense of the municipal rule is concerned only with the ambit of delegated power.

It follows that when it is alleged that a municipality has improperly discriminated against a citizen, the question for the court is whether the discrimination was authorized by the statute from which the municipality draws its powers. If the legislation authorizes the impugned distinction, the rule is not breached: *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650. As my colleague Sopinka J. puts it, "[t]he appropriate question is whether discrimination is expressly or impliedly authorized" (p. 282).

Discrimination in the granting of licences, taxes and municipal privileges is generally viewed as requiring express authorization by the empowering legislation because of the presumption that the legislature intends all citizens to be treated equally on such matters. Therefore, unless the statute clearly provides the contrary, the municipality has no power to discriminate. The *Vancouver Charter* does so provide, in s. 203:

C. Les résolutions sont-elles invalides pour cause de discrimination?

La ville a reconnu que les résolutions sont discriminatoires à l'égard de Shell. Il s'agit donc seulement de déterminer si la Charte de Vancouver autorise cette discrimination.

La règle relative à la discrimination par une municipalité concerne essentiellement les pouvoirs qu'elle possède. Les municipalités sont tenues de fonctionner dans les limites des pouvoirs que leur attribuent leur loi constitutive et habilitante. La discrimination n'est pas interdite en soi. Ce qui est interdit, c'est la discrimination qui excède les pouvoirs de la municipalité définis par sa loi habilitante. La discrimination dans ce contexte municipal est donc un concept différent de la notion de discrimination dans le contexte des droits de la personne; pour les fins de la règle applicable en matière municipale, la discrimination ne porte que sur l'étendue d'une délégation de pouvoir.

Il s'ensuit que, lorsqu'on prétend qu'une municipalité a irrégulièrement agi de façon discriminatoire envers un citoyen, la question qui se pose aux tribunaux est de savoir si la discrimination est autorisée par la loi habilitante de municipalité. Si cette loi autorise la distinction reprochée, il n'y a aucune violation de la règle: *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650. Comme le dit mon collègue le juge Sopinka, «[c]e qu'il faut se demander c'est si la discrimination est expressément ou implicitement autorisée» (p. 282).

La discrimination en matière de délivrance de permis, de taxation et d'attribution de privilèges municipaux est généralement considérée comme requérant une autorisation expresse de la loi habilitante, en raison de la présomption que le législateur veut que tous les citoyens soient traités sur un pied d'égalité à ces égards. Par conséquent, à moins que la loi ne prévoie clairement le contraire, la municipalité n'est pas habilitée à faire preuve de discrimination. C'est ce que prévoit l'art. 203 de la Charte de Vancouver:

203. Where and to the extent that the Council is authorized to regulate, license, or tax persons carrying on a business, trade, profession, or other occupation, it shall have the power to

. . .

(b) differentiate and discriminate between groups or classes both as to the amount of any licence fee or tax to be paid and the terms and conditions under which any group or class may or may not carry on the business, trade, profession, or other occupation;

The exercise of a municipality's business powers, however, stands on a different footing. Here the presumption is that the municipality has the power to make distinctions between citizens and firms on a wide variety of grounds. In exercising its business powers a municipality may — indeed must — discriminate between the multitude of parties with whom it may buy, sell and otherwise transact commerce. To require equal treatment would, apart from all other considerations, be practically unworkable. The affairs of a large city would grind to a halt if each transaction had to be scrutinized to ensure that it was equally open to everyone else in the business. Accordingly, the power to discriminate in the exercise of municipal business powers is readily inferred from general language authorizing a city to do business and to act for the good rule and government of the city. On this my colleague and I appear to agree. Sopinka J. accepts that discrimination could take place for commercial or business reasons (at p. 282) or for reasons "grounded in promoting the health, safety or welfare of the inhabitants of the City" (p. 282).

Since the question of municipal discrimination is essentially one of the municipality's power under its enacting legislation, it is hardly surprising that here, as in the discussion of the power of the municipality, the difference between my col-

[TRADUCTION]

203. Dans la mesure où le conseil est habilité à réglementer, autoriser ou taxer l'exploitation d'une entreprise ou l'exercice d'un métier, d'une profession ou d'une autre occupation, il peut

. . .

b) établir des distinctions entre des groupes ou des catégories relativement au montant des droits ou des taxes à payer pour un permis et relativement aux modalités applicables à l'exploitation de l'entreprise ou à l'exercice du métier, de la profession ou d'une autre occupation;

Toutefois, il en va différemment de l'exercice par une municipalité de ses pouvoirs en matière commerciale. Dans ce cas, on présume que la municipalité est habilitée à établir des distinctions entre des citoyens et des sociétés pour des motifs très divers. En exerçant ses pouvoirs en matière commerciale, une municipalité peut — et en fait doit — établir des distinctions parmi la multitude de parties avec lesquelles elle peut conclure des contrats d'achat ou de vente ou avoir d'autres relations commerciales. Indépendamment de toute autre considération, il serait impossible en pratique d'exiger un traitement égal. Les affaires d'une grande ville seraient paralysées si chaque opération devait être examinée à la loupe afin de s'assurer que toutes les parties qui œuvrent dans le domaine en question ont eu des chances égales d'y participer. Il est donc facile de déduire, de termes généraux autorisant une ville à exercer des activités commerciales et à prendre des mesures pour son bon gouvernement, que cette ville est habilitée à établir des distinctions dans l'exercice de ses pouvoirs en matière commerciale. Sur ce point, mon collègue et moi semblons être d'accord. Le juge Sopinka admet qu'il pourrait y avoir discrimination pour des motifs commerciaux ou d'affaires (à la p. 282), ou pour des motifs qui «visent [. . .] la promotion de la santé, de la sécurité ou du bien-être des citoyens» (p. 282).

Puisque la question de la discrimination par une municipalité touche essentiellement la compétence qui lui est conférée par sa loi constitutive, il n'est guère étonnant que, dans ce cas, comme dans celui de l'examen de la compétence de la municipalité,

league Sopinka J. and myself lies in our different perceptions of the compass of the concept of promoting the health, safety or welfare of the inhabitants of the City. On the view I would take of that phrase, the concept encompasses not only the provision of basic services to the inhabitants of the municipality, but extends to the expression by the City on behalf of its citizens of approval or disapproval of conduct, whether within the City or outside of its boundaries. If this is accepted, it follows that the Resolutions can be justified on the ground that they fall within the powers of the City.

la divergence d'opinions entre mon collègue le juge Sopinka et moi tienne à nos conceptions différentes de ce que renferme l'idée de favoriser la santé, la sécurité ou le bien-être des habitants de la ville. Selon mon interprétation, il s'agit d'une notion qui englobe non seulement la fourniture de services essentiels aux habitants de la municipalité, mais également le fait pour la ville d'exprimer au nom de ses habitants son approbation ou sa désapprobation d'une conduite donnée, peu importe que celle-ci soit adoptée dans la ville ou à l'extérieur de celle-ci. Si on accepte cela, il s'ensuit que les résolutions peuvent être justifiées pour le motif qu'elles relèvent des pouvoirs de la ville.

This reasoning is consistent with the decision of this Court in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121. The basis of that decision, as Sopinka J. points out (at p. 276), was that the permit in question was quashed because it had been issued "for reasons which are unrelated to the carrying into effect of the intent and purpose of the Act" (p. 156, *per* Martland J.). That cannot be said in the case at bar, on the view I take of the case. I hasten to add that the result might be different if the reasons for the impugned act amounted to discrimination under either s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or a provision of the *Human Rights Code*, a question which does not arise on this appeal.

Ce raisonnement est compatible avec l'arrêt de notre Cour *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121. Comme le souligne le juge Sopinka (à la p. 276), cet arrêt reposait sur le fait que le permis en question avait été révoqué parce qu'il avait été délivré [TRADUCTION] «pour des motifs [. . .] sans rapport avec la réalisation de l'intention et de l'objet de la Loi» (p. 156, le juge Martland). D'après moi, on ne saurait affirmer cela en l'espèce. Je m'empresse d'ajouter qu'il pourrait en être autrement si les motifs de l'acte contesté constituaient de la discrimination soit au sens de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, soit au sens du *Human Rights Code*, une question qui ne se pose pas ici.

Once the Resolutions are found to be within the City's powers, one is led to the same conclusion on the issue of discrimination as that arrived at by the court in *Hignell v. City of Winnipeg*, [1933] 3 W.W.R. 193 (Man. K.B.). It was there held that the city was entitled to award contracts only to union shop employers on the ground that the council was entitled to show concern for wages paid within the city and to maintaining good relations with trade unions. If one concludes that Council in this case was entitled to consider the matters it did in arriving at its decision not to do business with the appellant, the same result follows.

Une fois qu'on conclut que les résolutions sont conformes aux pouvoirs de la ville, on en arrive à la même conclusion que celle à laquelle la cour est arrivée dans l'affaire *Hignell c. City of Winnipeg*, [1933] 3 W.W.R. 193 (B.R. Man.), en ce qui concerne la question de la discrimination. Il y a été statué que la ville avait le droit de n'accorder des contrats qu'aux employeurs dont les employés étaient syndiqués parce qu'il était loisible au conseil municipal de se soucier des salaires payés dans la ville et de maintenir des relations harmonieuses avec les syndicats. Si on conclut que le conseil en l'espèce avait le droit de tenir compte des facteurs qu'il a retenus en prenant sa décision de ne pas traiter avec l'appelante, on arrive au même résultat.

It remains to consider s. 153 of the *Vancouver Charter*, which requires a special voter by-law before conferral of "any special rights, franchise, privilege, immunity, or exception beyond such as all others in the like case are entitled to . . .". The Court of Appeal read this section as confined to "such things as an exclusive right to carry on a particular business within the City" (58 B.C.L.R. 285, at p. 287). Sopinka J., on the other hand, seems to read the section as prohibiting, at the very least, distinctions between fuel companies dealing with South Africa (at pp. 283-84). All such companies, on this interpretation, must be treated equally, barring special approval of the voters. The consequences of such a conclusion would be that a routine decision to contract for fuel to one firm rather than another for whatever reason would require specific approval of the voters in a voter by-law. The Court of Appeal's interpretation would seem to me to be the more reasonable one. I note additionally that the section is made subject to other provisions of the *Vancouver Charter*. On this basis, it might be argued that business and commercial decisions are exempted.

Reste à examiner l'art. 153 de la Charte de Vancouver qui assujettit à l'adoption d'un règlement spécial requérant l'assentiment des électeurs l'attribution de «droits, privilèges, immunités ou exemptions particuliers en plus de ceux auxquels a droit toute autre personne qui se trouve dans la même situation . . .». La Cour d'appel a considéré que cet article ne s'applique qu'à [TRADUCTION] «des choses comme le droit exclusif d'exploiter une entreprise donnée dans la ville» (58 B.C.L.R. 285, à la p. 287). Par contre, le juge Sopinka semble l'interpréter comme interdisant tout au moins d'établir des distinctions entre les sociétés pétrolières qui traitent avec l'Afrique du Sud (aux pp. 283 et 284). Selon cette interprétation, toutes ces sociétés doivent être traitées sur un pied d'égalité, à moins d'une approbation spéciale des électeurs. Pareille conclusion aurait pour conséquence qu'une décision banale de conclure un contrat d'approvisionnement en carburant avec une société plutôt qu'une autre, pour quelque raison que ce soit, nécessiterait l'adoption d'un règlement requérant l'approbation expresse des électeurs. C'est donc l'interprétation de la Cour d'appel qui me paraît la plus raisonnable. Je souligne en outre que cet article s'applique sous réserve des autres dispositions de la Charte de Vancouver. Pour ce motif, on pourrait faire valoir que les décisions commerciales et d'affaires échappent à son application.

The Constitutional Questions

The appellant argues that the Resolutions infringe s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*, and s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*, it is argued that the Resolutions impinge upon exclusive federal jurisdiction over trade and commerce. I agree with Southin J.A. in the Court of Appeal below that while the Resolutions may have an international aspect, they are in pith and substance municipal legislation and hence constitutional.

Les questions constitutionnelles

L'appelante soutient que les résolutions violent le par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

En ce qui concerne le par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, on fait valoir que les résolutions empiètent sur la compétence fédérale exclusive en matière d'échanges et de commerce. Je suis d'accord avec le juge Southin de la Cour d'appel pour dire que, bien que les résolutions puissent comporter un aspect international, elles constituent, de par leur caractère véritable, des mesures législatives municipales et sont donc constitutionnelles.

Under s. 2(*b*) of the *Charter*, it is argued that the Resolutions impinge upon the appellant's freedom of opinion on the matter of continuing to do business with South Africa. I am of the view that, assuming a corporation such as Shell can invoke the right of free expression, the infringement alleged by it is so trivial as not to merit serious scrutiny. I agree with Southin J.A. that what the appellant was really complaining about was unequal treatment, a claim that would fall under s. 15 of the *Charter* if the type of discrimination there prohibited was established. That case, however, was not made, and need not be considered.

I would answer the constitutional questions in the negative.

Disposition

I would dismiss the appeal and answer the constitutional questions in the negative.

The judgment of La Forest, Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

SOPINKA J. —

Facts

This case concerns the validity of certain municipal resolutions (the "Resolutions") made in order to sanction Shell Canada Products for its commercial activities in South Africa. The appellant Shell Canada Products Ltd. is a Canadian company. It is a subsidiary of Shell Canada Ltd. (Shell Canada) which is indirectly controlled by the Royal Dutch Petroleum Company of the Netherlands and the Shell Transport and Trading Company, p.l.c., of the United Kingdom (the Royal Dutch/Shell Group). The Royal Dutch/Shell Group also indirectly controls "Shell South Africa".

The appellant carries on business within Vancouver through the retail marketing of petroleum products and runs approximately 24 service sta-

Pour ce qui est de l'al. 2*b*) de la *Charte*, on prétend que les résolutions portent atteinte à la liberté d'opinion de l'appelante relativement au maintien de ses relations commerciales avec l'Afrique du Sud. J'estime qu'à supposer qu'une société comme Shell puisse invoquer le droit à la liberté d'expression, la violation dont elle allègue l'existence est tellement insignifiante qu'elle ne mérite pas qu'on s'y arrête sérieusement. Je conviens avec le juge Southin que ce dont se plaignait vraiment l'appelante, c'était d'un traitement inégal, ce qui relèverait de l'art. 15 de la *Charte* si on établissait l'existence du genre de discrimination qui y est proscrit. Toutefois, comme cette preuve n'a pas été faite, il n'est pas nécessaire de l'examiner.

Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles par la négative.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles par la négative.

Version française du jugement des juges La Forest, Sopinka, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE SOPINKA —

Les faits

La présente affaire porte sur la validité de certaines résolutions municipales adoptées dans le but de punir Produits Shell Canada pour ses activités commerciales en Afrique du Sud. L'appelante, Produits Shell Canada Ltée, est une société canadienne. Il s'agit d'une filiale de Shell Canada Ltée (Shell Canada) qui est contrôlée indirectement par Royal Dutch Petroleum Company des Pays-Bas et par Shell Transport and Trading Company, p.l.c., du Royaume-Uni (le groupe Royal Dutch-Shell). Le groupe Royal Dutch-Shell contrôle aussi indirectement «Shell South Africa».

L'appelante fait des affaires à Vancouver en se livrant au commerce de détail de produits pétroliers et elle exploite environ 24 stations-service.

tions in the City. It also is involved in wholesale marketing through agents for retail distribution. Shell Canada also exports sulphur to South Africa, though it has actively supported a number of anti-apartheid initiatives. Prior to the Resolutions, the appellant would periodically be invited to tender bids for municipal contracts to supply petroleum products, and in 1988, for example, sales from emergency or "spot" purchases brought in roughly $20,000 in revenue to the appellant. Since the Resolutions at issue here were passed, the appellant has not been awarded any contracts from the City of Vancouver.

Chevron Canada Ltd., a subsidiary of Chevron Corporation, owns 50 percent of Caltex, a company which markets petroleum products in South Africa. The City of Vancouver purchases petroleum products from Chevron Canada Ltd. valued at approximately $1.2 million in 1988.

The Resolutions in issue were passed by the Vancouver City Council by a vote of 6 to 5 on September 12, 1989 and read as follows:

THAT WHEREAS the citizens of Vancouver recognize their collective responsibility as a community to express their repugnance of and moral outrage against the racist apartheid regime in South Africa and to take action to bring about the end of apartheid;

AND WHEREAS the system of apartheid in South Africa is a form of institutionalized racism which denies the majority of the population fundamental human rights including the right to participate in the political process;

AND WHEREAS apartheid further denies and limits the majority population's basic human and civil rights to employment, education, freedom of speech, press, and assembly, and a just legal system;

AND WHEREAS the City of Vancouver has by its previous actions affirmed its right to measure the moral character of its business relations in determining with whom it shall conduct business or permit to conduct business; and is now proposing to implement resolutions

Elle fait également le commerce de gros par l'intermédiaire de représentants qui s'occupent de la distribution au détail. Shell Canada exporte également du souffre en Afrique du Sud, même si elle a activement soutenu un certain nombre d'initiatives contre l'apartheid. Avant l'adoption des résolutions en cause, l'appelante était périodiquement invitée à présenter des soumissions en vue de conclure des contrats avec la municipalité pour la fourniture de produits pétroliers. En 1988, par exemple, des achats urgents et des achats au comptant lui ont rapporté approximativement 20 000 $. Depuis l'adoption de ces résolutions, l'appelante n'a obtenu aucun contrat de la ville de Vancouver.

Chevron Canada Ltd., une filiale de Chevron Corporation, est propriétaire à 50 pour 100 de Caltex, une société qui commercialise des produits pétroliers en Afrique du Sud. La ville de Vancouver a acheté pour environ 1,2 million de dollars de produits pétroliers de Chevron Canada Ltd. en 1988.

Le 12 septembre 1989, le conseil municipal de Vancouver a adopté par 6 voix contre 5 les résolutions ici en cause, dont voici le texte:

[TRADUCTION]

ATTENDU que les citoyens de Vancouver reconnaissent qu'il leur incombe, comme collectivité, d'exprimer la répugnance et l'indignation que leur inspire le régime raciste d'apartheid appliqué en Afrique du Sud et d'agir en vue de son élimination;

ATTENDU que le régime d'apartheid appliqué en Afrique du Sud constitue une forme de racisme institutionnalisé qui prive la majorité de la population des droits fondamentaux de la personne, dont le droit de prendre part au processus politique;

ATTENDU que l'apartheid prive également la population majoritaire des droits de la personne et des droits civils fondamentaux comme le droit à l'emploi, à l'éducation, à la liberté d'expression, à la liberté de la presse, à la liberté de réunion et à un système judiciaire équitable, ou lui en limite l'exercice;

ATTENDU que la ville de Vancouver a, par ses actions antérieures, affirmé son droit d'évaluer la moralité de ses partenaires commerciaux pour déterminer avec qui elle traitera ou avec qui elle permettra de traiter, et qu'elle se propose maintenant de mettre à exécu-

which while more broadly based may be implemented to require the City to selectively purchase from and contract with companies that do not do business in or with South Africa amongst other criteria;

AND WHEREAS Royal Dutch/Shell is a key multinational oil company which supplies fuel to the South African police and military, the brutal enforcers of apartheid;

AND WHEREAS Royal Dutch/Shell is the target of an international boycott of all of its subsidiaries and products because of its involvement in South Africa;

AND WHEREAS Royal Dutch/Shell and its majority owned Canadian subsidiary, Shell Canada, by definition and in accordance with its own and other data, does do business in and with South Africa, and through Shell Resources Canada exports sulphur through the port of Vancouver to South Africa;

THEREFORE BE IT RESOLVED THAT the City of Vancouver, henceforth, will not do business with Royal Dutch/Shell and Shell Canada until Royal Dutch/Shell completely withdraws from South Africa;

FURTHER BE IT RESOLVED THAT the City of Vancouver from this day forward is declared "Shell Free" until that time when Royal Dutch/Shell disinvests from South Africa.

In October of 1989, the appellant applied to the Supreme Court of British Columbia for an order quashing the Resolutions, alleging that the Resolutions were discriminatory, that they were *ultra vires* the authority of the municipality under the *Constitution Act, 1867*, that they violated the *Vancouver Charter*, S.B.C. 1953, c. 55, that they were vague and uncertain, and that they infringed s. 2 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Resolutions were quashed by an order of Maczko J. of the Supreme Court of British Columbia dated May 24, 1990: (1990), 46 B.C.L.R. (2d) 346. The British Columbia Court of Appeal allowed the City of Vancouver's appeal on July 22, 1991: (1991), 57 B.C.L.R. (2d) 345, with supplementary reasons issued on September 11, 1991: (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 285. On June 4, 1992,

tion des résolutions qui, malgré leur fondement plus général, peuvent être appliquées pour obliger la ville à choisir ses fournisseurs ou ses cocontractants parmi des sociétés qui ne font pas affaire en Afrique du Sud ou avec ce pays, entre autres critères;

ATTENDU que le groupe Royal Dutch-Shell est une société pétrolière multinationale stratégique qui fournit du carburant à la police et à l'armée sud-africaines, les institutions qui se chargent brutalement d'appliquer l'apartheid;

ATTENDU que les filiales et les produits du groupe Royal Dutch-Shell font l'objet d'un boycottage international à cause de son rôle en Afrique du Sud;

ATTENDU que le groupe Royal Dutch-Shell et sa filiale canadienne Shell Canada, dont il est propriétaire majoritaire, font, par définition et d'après les propres registres du groupe et d'autres sources de renseignements, affaire en Afrique du Sud ou avec ce pays et qu'ils exportent du souffre en Afrique du Sud à partir du port de Vancouver, par l'entremise de Ressources Shell Canada;

IL EST RÉSOLU que, dorénavant, la ville de Vancouver s'abstienne de traiter avec le groupe Royal Dutch-Shell et avec Shell Canada jusqu'à ce que ledit groupe se retire complètement de l'Afrique du Sud;

IL EST RÉSOLU, EN OUTRE, que la ville de Vancouver soit une zone «sans Shell» à compter de ce jour, jusqu'à ce que le groupe Royal Dutch-Shell se départisse de ses investissements en Afrique du Sud.

En octobre 1989, l'appelante a demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique de rendre une ordonnance annulant les résolutions, pour le motif qu'elles étaient discriminatoires, qu'elles excédaient la compétence que possède la municipalité en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qu'elles violaient la *Vancouver Charter*, S.B.C. 1953, ch. 55 (ci-après la «Charte de Vancouver»), qu'elles étaient vagues et incertaines et qu'elles violaient l'art. 2 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les résolutions ont été annulées, le 24 mai 1990, par une ordonnance du juge Maczko de la Cour suprême de la Colombie-Britannique: (1990), 46 B.C.L.R. (2d) 346. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli, le 22 juillet 1991, l'appel interjeté par la ville de Vancouver: (1991), 57 B.C.L.R. (2d) 345, avec motifs supplémentaires déposés le 11 septembre 1991:

this Court granted leave to appeal: [1992] 2 S.C.R. x.

Relevant Statutory Provisions

Vancouver Charter, S.B.C. 1953, c. 55

137. (1) Except as otherwise provided, the powers of the city shall be exercisable by the Council. Without limiting the generality of the foregoing, and subject to any express limitation in this Act, the City has full power to engage in any commercial, industrial or business undertaking.

. . .

148. A by-law or resolution duly passed by the Council in the exercise of its powers, and in good faith, shall not be open to question in any Court, or be quashed, set aside, or declared invalid, either wholly or partly, on account of the unreasonableness or supposed unreasonableness of its provisions or any of them.

. . .

151. Any of the powers of the Council may be exercised by by-law. They may likewise be exercised by resolution in any case where a by-law is not specifically required, but

(a) a by-law shall not be subject to amendment by a resolution; and

(b) where the Council in the exercise of a power directs that a thing should or should not be done, and a fine or penalty is inflicted for failure to comply, the power shall be exercised by by-law.

. . .

153. Except as otherwise provided by this or some other Act, the Council shall not have the power to grant to any person any special rights, franchise, privilege, immunity, or exception beyond such as all others in the like case are entitled to, unless the granting of the same has been authorized by a by-law requiring the assent of the electors.

. . .

189. The Council may provide for the good rule and government of the city.

(1991), 58 B.C.L.R. (2d) 285. Notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi le 4 juin 1992: [1992] 2 R.C.S. x.

Les dispositions législatives pertinentes

Vancouver Charter, S.B.C. 1953, ch. 55

[TRADUCTION]

137. (1) Sauf dispositions contraires, le conseil exerce les pouvoirs de la ville. Sans limiter la portée générale de ce qui précède et sous réserve de toute restriction expressément prévue dans la présente loi, la ville est pleinement habilitée à s'engager dans des entreprises commerciales ou industrielles.

. . .

148. Les règlements et les résolutions que le conseil adopte dûment et de bonne foi dans l'exercice de ses pouvoirs ne sont pas contestables devant les tribunaux, ou ne peuvent être déclarés nuls ou invalides en totalité ou en partie, en raison du caractère déraisonnable ou supposé tel de l'ensemble ou de l'une ou l'autre de leurs dispositions.

. . .

151. Le conseil peut exercer ses pouvoirs par voie de règlement. Il peut également les exercer par voie de résolution dans tous les cas où l'adoption d'un règlement n'est pas expressément exigée, sauf que

a) un règlement ne peut être modifié par voie de résolution;

b) lorsque, dans l'exercice d'un pouvoir, le conseil ordonne ou interdit de faire quelque chose, et qu'une amende ou une peine est imposée pour l'omission d'obtempérer, le pouvoir s'exerce par voie de règlement.

. . .

153. Sauf dispositions contraires de la présente loi ou de toute autre loi, le conseil ne peut accorder à quelqu'un des droits, privilèges, immunités ou exemptions particuliers en plus de ceux auxquels a droit toute autre personne qui se trouve dans la même situation, à moins qu'une autorisation en ce sens n'ait été obtenue par voie de règlement requérant l'assentiment des électeurs.

. . .

189. Le conseil peut pourvoir au bon gouvernement de la ville.

190. The Council may provide

(a) for acquiring such real property (within or without the city) and personal property as may be required for the purposes of the city;

. . .

199. The Council, in addition to the powers specifically allotted to it, shall have power to do all such things as are incidental or conducive to the exercise of the allotted powers.

. . .

203. Where and to the extent that the Council is authorized to regulate, license, or tax persons carrying on a business, trade, profession, or other occupation, it shall have the power to

(a) divide and subdivide such businesses, trades, professions, or other occupations into as many groups or classes as it sees fit, having regard to the number of persons engaged therein, the extent of the accommodation offered to the public, or on such other basis as the Council may think expedient;

(b) differentiate and discriminate between groups or classes both as to the amount of any licence fee or tax to be paid and the terms and conditions under which any group or class may or may not carry on the business, trade, profession, or other occupation;

(c) define any business, trade, profession, or other occupation;

(d) prohibit, but only by the unanimous vote of the members present.

. . .

272. (1) The Council may from time to time make by-laws

(a) for providing for the licensing of any person carrying on any business, trade, profession, or other occupation;

(b) for fixing the fee for the granting of any permit or of any licence, which may be in the nature of a tax for the privilege conferred by it;

(c) for providing for enforcing payment of any licence fee, and for prohibiting any person from carrying on

190. Le conseil peut pourvoir

a) à l'acquisition des biens meubles et immeubles (à l'intérieur ou à l'extérieur de la ville) qui peuvent être nécessaires à la réalisation des objets de la ville;

. . .

199. Le conseil peut, en plus d'exercer les pouvoirs qui lui sont expressément attribués, accomplir toute chose accessoire ou favorable à l'exercice desdits pouvoirs.

. . .

203. Dans la mesure où le conseil est habilité à réglementer, autoriser ou taxer l'exploitation d'une entreprise ou l'exercice d'un métier, d'une profession ou d'une autre occupation, il peut

a) diviser et subdiviser ces entreprises, métiers, professions ou autres occupations en autant de groupes ou de catégories qu'il estime nécessaires, en tenant compte du nombre de personnes visées, de l'étendue des services rendus au public ou de tout autre critère que le conseil peut juger indiqué;

b) établir des distinctions entre des groupes ou des catégories relativement au montant des droits ou des taxes à payer pour un permis et relativement aux modalités applicables à l'exploitation de l'entreprise ou à l'exercice du métier, de la profession ou d'une autre occupation;

c) définir les entreprises, métiers, professions et autres occupations visés;

d) énoncer des interdictions, mais seulement à l'unanimité des voix des conseillers présents.

. . .

272. (1) Le conseil peut, par règlement,

a) prévoir l'attribution de permis visant l'exploitation d'une entreprise ou l'exercice d'un métier, d'une profession ou d'une autre occupation;

b) établir les droits applicables à l'attribution d'un permis ou d'une licence, lesquels peuvent prendre la forme d'une taxe perçue en contrepartie du privilège accordé;

c) prendre les mesures nécessaires pour obtenir le paiement des droits applicables à un permis et pour interdire à quiconque d'exploiter une entreprise ou d'exercer un métier, une profession ou une autre

any business, trade, profession, or other occupation without first being licensed therefor;

. . .

(q) for providing that a licensee under this Part shall not refuse to sell any goods or furnish any service or accommodation to a person by reason only of such person's race, creed, colour, religion, sex, marital status, physical or mental disability, nationality, ancestry, place of origin or political beliefs.

occupation sans avoir préalablement obtenu un permis en ce sens;

. . .

q) interdire aux titulaires de permis délivrés en vertu de la présente partie de refuser de vendre des biens ou de fournir des services à une personne du fait uniquement de sa race, de ses croyances, de sa couleur, de sa religion, de son sexe, de son état civil, d'une déficience physique ou mentale, de sa nationalité, de son ascendance, de son lieu d'origine ou de ses opinions politiques.

Judgments Below

Supreme Court of British Columbia (Maczko J.)

Maczko J. began by noting that the respondent purchases approximately $1.4 million worth of petroleum products each year. One of its suppliers is Chevron Canada Ltd., which does business with South Africa through a subsidiary company. According to Maczko J. (at p. 347):

> Shell was picked on as a symbol, and it is clear from the minutes of the council meeting that council realized that they were discriminating against Shell because it has business connections with South Africa's apartheid regime. It is clear that the council was motivated by a desire to make a symbolic gesture against international companies with business links in South Africa.

The City conceded that the Resolutions discriminate against the appellant, but argued that there was no legal or statutory prohibition against such discrimination. It contended that its actions were purely business in nature, and that in its corporate capacity, the respondent is not "constrained any more than any other business acting in that capacity" (p. 347). Maczko J. disagreed. He stated that the respondent is a statutory body acting under statutory constraints, and that on that basis, any business decisions that are unfair or unreasonable will be safe from attack only as long as they are made within the respondent's jurisdiction.

Les juridictions inférieures

Cour suprême de la Colombie-Britannique (le juge Maczko)

Le juge Maczko a commencé par faire remarquer que l'intimée achetait chaque année pour environ 1,4 million de dollars de produits pétroliers. L'un de ses fournisseurs était Chevron Canada Ltd. qui fait affaire avec l'Afrique du Sud par l'entremise d'une filiale. Selon le juge Maczko (à la p. 347):

> [TRADUCTION] Shell a été choisie à titre de symbole et il ressort clairement du procès-verbal de la réunion du conseil que ce dernier était conscient d'agir de façon discriminatoire envers Shell parce que celle-ci a des liens commerciaux avec le régime d'apartheid de l'Afrique du Sud. Il ne fait pas de doute que le conseil était animé du désir d'accomplir un geste symbolique contre les sociétés internationales qui ont des liens commerciaux en Afrique du Sud.

La ville a reconnu que les résolutions étaient discriminatoires envers l'appelante, mais elle a soutenu que rien, sur le plan juridique ou légal, n'interdisait ce genre de discrimination. Elle a fait valoir que sa décision était de nature purement commerciale et qu'en tant que personne morale l'intimée n'était pas [TRADUCTION] «sujette à plus de contraintes que toute autre entreprise agissant en cette qualité» (p. 347). Le juge Maczko a exprimé son désaccord. Il a affirmé que l'intimée était un organisme créé par la loi et assujetti à des contraintes légales et que, pour ce motif, toute décision commerciale inéquitable ou déraisonnable n'échappera à toute attaque que si elle a été prise conformément à sa compétence.

Maczko J. found that the respondent had sought to "use its statutory power to do business to affect matters in another part of the world" (pp. 348-49). He was of the view that doing so was not contemplated by the *Vancouver Charter*. The considerations underlying the Resolutions were "not relevant to the business of the city of Vancouver, as, for example, considerations of local commercial conditions and concern for local wage rates might be" (p. 349). According to Maczko J., the respondent could not deprive its citizens of ordinary rights or business opportunities merely because it perceives some wrong occurring in some other part of the world. Its commercial decision-making power as delineated in the *Vancouver Charter* does not allow for that. Relying upon the principles enunciated by this Court in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, Maczko J. held, at p. 351, that:

> ... the Vancouver Charter grants the city powers and obligations which are to be framed within the intent and purpose of that Act, namely, the government, administration and operation of the city of Vancouver. In my view, this does not include the governing of the state of South Africa.

The trial judge found persuasive the decision of the English Court of Queen's Bench in *R. v. Lewisham London Borough Council, ex parte Shell UK Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 938. The facts in that case were similar to those in the one at bar, and the English court held that although the decision of the Borough Council was not unreasonable as being beyond the scope of the Council's discretion, it had nonetheless been motivated by an "extraneous and impermissible purpose" (p. 952). Shell UK had done nothing unlawful, and to punish it for investing in South Africa was to act unfairly and in a manner which required the court to intervene.

Maczko J. held that the City had gone beyond the *Vancouver Charter* because it sought to use its power to affect matters in South Africa, not the City of Vancouver. He concluded his judgment by

Le juge Maczko a conclu que l'intimée avait cherché à [TRADUCTION] «utiliser son pouvoir légal de faire des affaires pour exercer une influence dans une autre partie du monde» (pp. 348 et 349). Il était d'avis que cela n'était pas envisagé par la Charte de Vancouver. Les considérations qui sous-tendent les résolutions [TRADUCTION] «n'avaient rien à voir avec les affaires de la ville de Vancouver contrairement, par exemple, aux considérations relatives à la situation du commerce local ou aux taux de rémunération locaux» (p. 349). Selon le juge Maczko, l'intimée ne pouvait simplement s'autoriser des torts qui, selon elle, étaient commis dans une autre partie du monde pour priver ses citoyens de droits ordinaires ou d'occasions d'affaires. Le pouvoir décisionnel que la Charte de Vancouver lui confère en matière commerciale ne lui permet pas d'agir de la sorte. Se fondant sur les principes énoncés par notre Cour dans l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, le juge Maczko conclut, à la p. 351, que:

> [TRADUCTION] ... la Charte de Vancouver confère à la ville des pouvoirs et des obligations qui doivent être conformes à l'intention et à l'objet de cette loi, savoir le gouvernement, l'administration et la gestion de la ville de Vancouver. À mon avis, cela n'inclut pas le gouvernement de l'État de l'Afrique du Sud.

Le juge de première instance a trouvé convaincante la décision de la Cour du Banc de la Reine anglaise *R. c. Lewisham London Borough Council, ex parte Shell UK Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 938. Les faits de cette affaire ressemblaient à ceux qui nous occupent en l'espèce et la cour anglaise a jugé que même si la décision du conseil municipal n'était pas déraisonnable en ce sens qu'elle avait excédé les limites de son pouvoir discrétionnaire, elle avait néanmoins été [TRADUCTION] «motivée par un objectif non pertinent et illégitime» (p. 952). Shell UK n'avait rien fait d'illégal et, en la punissant pour ses investissements en Afrique du Sud, on agissait inéquitablement et d'une façon qui nécessitait l'intervention de la cour.

Le juge Maczko a conclu que la ville avait outrepassé la Charte de Vancouver en cherchant à utiliser son pouvoir pour exercer une influence en Afrique du Sud et non à Vancouver. Il a terminé

stating that although the respondent has a great deal of latitude in its business dealings, that does not extend to discriminating against a particular corporation for dealing with South Africa. To hold otherwise would mean that (at p. 353):

> ... on another day another council could discriminate against a corporation or a citizen because it is doing business with the United States or with a communist country, or, indeed, because its employees have been organized by a particular trade union. In refusing to do business with Shell, the council is not pursuing an interest which affects the business of running the city of Vancouver. It is pursuing a philosophical or political interest beyond that which the Charter contemplates.

The Resolutions were accordingly quashed.

Court of Appeal of British Columbia (Toy, Southin and Cumming JJ.A.)

Judgment was delivered by Southin J.A. She noted first that the *Vancouver Charter* contains no stipulation that the respondent put out its requirements for goods to tender, and that the respondent had not passed any by-law trying itself to a tendering scheme. The respondent delegates various purchasing powers to its civil service. In that context, the practical impact of the Resolutions was that those to whom authority has been delegated had had their authority limited.

Southin J.A. perused various provisions of the *Vancouver Charter*, and concluded that there was no express limitation on the respondent's commercial power. In her view (at p. 350):

> All the powers of the Council are the gift of the Legislature of British Columbia. There is nothing to prevent the Legislature, if it deems it advisable, from inserting into the Vancouver City Charter a clause that all the powers conferred by it are to be exercised only for the purposes of the City of Vancouver as such and for no other purpose.

Hence, she held that the respondent (subject to any restraints that may be imposed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and conflict of interest principles) "may decline, for any purpose

son jugement en affirmant que même si l'intimée jouissait d'une grande latitude en matière commerciale, elle ne pouvait pas aller jusqu'à traiter une société de façon discriminatoire parce que celle-ci faisait affaire avec l'Afrique du Sud. Conclure le contraire signifierait que (à la p. 353):

> [TRADUCTION] ... un autre jour, un autre conseil pourrait traiter une société ou un citoyen de façon discriminatoire parce que celle-ci fait affaire avec les États-Unis ou avec un pays communiste, ou même, parce que ses employés sont représentés par un syndicat particulier. En refusant de faire affaire avec Shell, le conseil ne poursuit pas un objectif qui influe sur le fonctionnement de la ville de Vancouver. Il poursuit un objectif philosophique ou politique qui excède ce que la Charte prévoit.

Les résolutions ont donc été annulées.

Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Toy, Southin et Cumming)

L'arrêt a été rendu par madame le juge Southin. Elle a commencé par faire remarquer que la Charte de Vancouver ne renfermait aucune disposition obligeant l'intimée à procéder par appel d'offres pour se procurer les biens dont elle a besoin et que celle-ci n'avait pas pris de règlement l'obligeant à recourir à cette procédure. L'intimée délègue divers pouvoirs d'achat à ses fonctionnaires. Dans ce contexte, les résolutions avaient eu pour effet pratique de limiter les pouvoirs ainsi délégués.

Le juge Southin a lu attentivement diverses dispositions de la Charte de Vancouver et a conclu qu'il ne s'y trouvait aucune limitation expresse des pouvoirs conférés à l'intimée en matière commerciale. Selon elle (à la p. 350):

> [TRADUCTION] Tous les pouvoirs du conseil sont des présents de l'assemblée législative de la Colombie-Britannique. Rien n'empêche cette dernière d'inclure dans la Charte de la ville de Vancouver, si elle l'estime opportun, une disposition prévoyant que les pouvoirs qu'elle confère ne doivent être exercés que pour les fins de la ville de Vancouver comme telle, et à aucune autre fin.

Elle a donc statué que (sous réserve des restrictions pouvant être imposées par la *Charte canadienne des droits et libertés* ou par les principes applicables en matière de conflit d'intérêts) l'intimée

whatsoever, to purchase goods and services from anyone whom it pleases to put, for political reasons, on its own collective blacklist" (p. 350).

The appeal was accordingly allowed with costs.

Supplementary Reasons of the Court of Appeal

The supplementary reasons addressed three points: (1) whether the Resolutions because of their discriminatory nature were unlawful at common law or contrary to s. 153 of the *Vancouver Charter*; (2) whether they infringed s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867* relating to the regulation of international trade and investment; and (3) whether the Resolutions violated s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in that they infringed the appellant's freedom of opinion on continuing to do business with South Africa.

Southin J.A. found that s. 153 of the *Vancouver Charter* only contemplated such things as an exclusive right to carry on a particular business within the City. As such, it has nothing to do with the situation at bar. With respect to the common law, Southin J.A. was of the view that the Court had already answered that question in its first set of reasons. There was nothing in the *Vancouver Charter* stipulating that the respondent could not do what it did.

On the second issue, Southin J.A. held that the conduct of the respondent could not be said to impinge upon exclusive federal jurisdiction over trade and commerce. She further opined, at p. 288, that:

> What the Council spends when it does business with someone on behalf of the citizens is money which is raised from the citizens by taxation imposed by the Council. The citizens chose that Council to do their spending for them. Such legislation would be a matter, in pith and substance, of s. 92(8), Municipal Institutions.

[TRADUCTION] «peut refuser, pour quelque motif que ce soit, d'acheter des biens et services de toute personne qu'il lui plaît d'inscrire, pour des motifs politiques, sur sa propre liste noire collective» (p. 350).

L'appel a donc été accueilli avec dépens.

Motifs supplémentaires de la Cour d'appel

Les motifs supplémentaires portaient sur trois points: (1) la question de savoir si les résolutions, à cause de leur nature discriminatoire, étaient illégales en common law ou contraires à l'art. 153 de la Charte de Vancouver, (2) celle de savoir si ces résolutions violaient le par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatif à la réglementation des échanges et des investissements internationaux, et (3) la question de savoir si les résolutions violaient l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en ce sens qu'elles portaient atteinte à la liberté d'opinion dont jouissait l'appelante à l'égard de la poursuite de ses affaires avec l'Afrique du Sud.

Le juge Southin a conclu que l'art. 153 de la Charte de Vancouver ne prévoyait que des choses comme le droit exclusif d'exploiter une entreprise donnée dans la ville et qu'il n'avait donc rien à voir avec la situation dont elle était saisie. Quant à la common law, le juge Southin a estimé que la cour avait déjà répondu à cette question dans ses premiers motifs de jugement. Rien dans la Charte de Vancouver n'interdisait à l'intimée d'agir comme elle l'a fait.

En ce qui concerne la deuxième question, le juge Southin a décidé qu'on ne pouvait pas dire que la conduite de l'intimée empiétait sur la compétence fédérale exclusive en matière d'échanges et de commerce. Elle ajoute, à la p. 288:

> [TRADUCTION] Ce que le conseil dépense lorsqu'il traite avec quelqu'un pour le compte des citoyens ce sont les deniers qu'il recueille auprès de ceux-ci grâce aux taxes qu'il impose. Les citoyens ont choisi ce conseil pour qu'il s'occupe de leurs dépenses. Pareille mesure législative relèverait, de par son caractère véritable, du par. 92(8) relatif aux institutions municipales.

On the third issue, Southin J.A. stated that it was a nice question whether s. 2 of the *Charter* could be invoked by a corporation when the law which is attacked applies to corporations only, as one would have thought that a corporation, an artificial person, cannot have any "thought" or "religion" or "opinion" or "conscience". According to Southin J.A., the reason why a corporation was able to invoke s. 2 of the *Charter* in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, was because the impugned legislation applied to individuals and corporations alike. As such, what was in issue there was the constitutionality of the law, and s. 52 of the *Constitution Act, 1982* came into play. In this case, there was no "law". In the opinion of Southin J.A., what the appellant was really complaining about was the sort of discrimination described in s. 15 of the *Charter*, and it was not argued before the Court of Appeal that s. 15 confers rights on artificial persons.

Quant à la troisième question, le juge Southin a déclaré qu'il était intéressant de se demander si une personne morale peut invoquer l'art. 2 de la *Charte* dans les cas où le texte législatif attaqué ne s'applique qu'aux personnes morales, étant donné qu'on aurait cru qu'une personne morale, qui est une personne fictive, ne peut avoir de «pensée», de «religion», d'«opinion» ou de «conscience». Selon le juge Southin, s'il avait été possible pour une personne morale d'invoquer l'art. 2 de la *Charte* dans l'affaire *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, c'était parce que la loi attaquée s'appliquait autant aux personnes physiques qu'aux personnes morales. Le litige portait donc sur la constitutionnalité de la loi en question et l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* s'appliquait. En l'espèce, aucune «loi» n'était en cause. De l'avis du juge Southin, ce dont l'appelante se plaignait véritablement, c'était du genre de discrimination décrit à l'art. 15 de la *Charte*, et on n'avait pas fait valoir devant la Cour d'appel que cette disposition confère des droits aux personnes fictives.

Issues

Although the appellant attacked the Resolutions on a number of grounds, I propose to consider only two of them:

(1) Are the Resolutions beyond the powers of the City of Vancouver in that they do not relate to a municipal purpose? and,

(2) Do the Resolutions constitute unauthorized discrimination which is beyond the powers of the City of Vancouver?

The respondent raised a preliminary issue as to whether the actions of Council as embodied in the Resolutions are reviewable. I propose to deal with this issue first.

Reviewability

The respondent submits that the Resolutions are not law enacted by it pursuant to its legislative powers but rather an exercise of its corporate power and hence not reviewable by the court. A variant of this argument is that if the Resolutions are a legal emanation of Council, since the same

Les questions en litige

Bien que l'appelante ait invoqué un certain nombre de motifs pour contester la validité des résolutions, je n'en examinerai que deux:

(1) Les résolutions excèdent-elles les pouvoirs de la ville de Vancouver en ce sens qu'elles n'ont pas trait à un objet municipal?

(2) Ces résolutions constituent-elles une forme de discrimination non autorisée qui excède les pouvoirs de la ville de Vancouver?

L'intimée a soulevé la question préliminaire de savoir si les actes du conseil que représentent les résolutions adoptées peuvent faire l'objet d'un contrôle. Je traiterai d'abord de cette question.

Possibilité de contrôle

L'intimée soutient que les résolutions constituent non pas des textes de loi adoptés en application de ses pouvoirs législatifs, mais plutôt un exercice de la compétence dont elle jouit en tant que personne morale, et ne peuvent donc pas faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Selon une variante

result could have been achieved by simply refusing to deal with Shell in awarding contracts, the court should not interfere. This latter argument applies only to the first Resolution.

The powers of a municipality are classified for some purposes. The classifications include legislative functions, quasi-judicial functions and business functions. The nature of the function may affect the duties and liabilities of the municipality. Accordingly, it may be liable in contract or tort in respect of its business function but civil liability in respect of its legislative or quasi-judicial function is problematic. In its quasi-judicial function, Council may have a duty of fairness which does not apply in respect of the exercise of its legislative powers. See *Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957, and *Wiswell v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1965] S.C.R. 512. As creatures of statute, however, municipalities must stay within the powers conferred on them by the provincial legislature. In *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674, Iacobucci J., speaking for the Court, stated, at p. 687:

> Municipalities are entirely the creatures of provincial statutes. Accordingly, they can exercise only those powers which are explicitly conferred upon them by a provincial statute.

It follows that the exercise of a municipality's statutory powers, whatever the classification, is reviewable to the extent of determining whether the actions are *intra vires*. Normally this is done by a motion to quash or a declaration of invalidity with respect to the act of Council which is impugned. The authorities referred to in argument do not support the contention that the exercise of business or corporate powers is immune from review.

de cet argument, si les résolutions constituent une émanation juridique du conseil, les tribunaux devraient donc se garder d'intervenir puisqu'on aurait pu parvenir au même résultat en refusant simplement de traiter avec Shell dans l'octroi de contrats. Ce dernier argument ne s'applique qu'à la première résolution.

Les pouvoirs d'une municipalité sont classés pour certaines fins. La classification comprend des catégories comme celle des fonctions législatives, quasi-judiciaires et commerciales. La nature des fonctions peut influer sur les obligations et responsabilités de la municipalité. Elle peut donc engager sa responsabilité contractuelle ou délictuelle lorsqu'elle agit en matière commerciale, mais la responsabilité civile résultant de l'exercice de ses fonctions législatives ou quasi-judiciaires est problématique. Dans l'exercice de ses fonctions quasi-judiciaires, le conseil peut avoir une obligation d'agir équitablement qui ne s'applique pas lorsqu'il exerce ses pouvoirs législatifs. Voir *Welbridge Holdings Ltd. c. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957, et *Wiswell c. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1965] R.C.S. 512. En tant que créations de la loi, les municipalités doivent toutefois agir conformément aux pouvoirs que la législature provinciale leur a conférés. Dans l'arrêt *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674, le juge Iacobucci affirme, au nom de la Cour, à la p. 687:

> Les municipalités doivent leur existence aux lois provinciales. En conséquence, elles ne peuvent exercer que les pouvoirs qui leur sont expressément conférés par une loi provinciale.

Il s'ensuit que l'exercice des pouvoirs légaux d'une municipalité, quelle que soit leur classification, peut faire l'objet d'un contrôle dans la mesure où il s'agit de déterminer si elle a agi dans les limites de sa compétence. Normalement, ce contrôle fait suite à une requête en annulation ou en déclaration d'invalidité de l'acte contesté du conseil. La doctrine et la jurisprudence invoquées dans l'argumentation n'étayent pas la prétention que l'exercice des pouvoirs dont on jouit en matière commerciale ou à titre de personne morale ne peut faire l'objet d'un contrôle.

The case of *Rogers v. City of Toronto* (1915), 33 O.L.R. 89, cited by the respondent on this point, stands for the proposition that the courts cannot assess the reasonableness of a particular exercise of municipal power. But the reasonableness of the Resolutions is not in issue here — the issue is whether the City had the authority to pass them. More apt is the case cited by the appellant, *City of Toronto v. Miller Paving Ltd.* (1964), 49 D.L.R. (2d) 214 (Ont. C.A.), leave to appeal to this Court refused, [1965] S.C.R. ix. There, the municipality had passed a resolution requiring construction contractors to be unionized in order to be awarded city contracts. The Ontario Court of Appeal quashed the resolution on the basis that the city had no jurisdiction to pass the resolution and that it was discriminatory in the municipal law sense. This case supports the conclusion that the Resolutions in this case are subject to judicial review on the basis of jurisdiction.

Moreover, there does not appear to be any valid policy ground for providing such immunity. There is good reason to encourage municipalities to act within their statutory powers. An absence of judicial review would leave some ratepayers without an effective remedy. The suggestion that the only remedy is at the polls is of no value to the minority who would be left with no remedy and Council could continue to enlarge its statutory powers as long as it was able to retain its majority support. The public policy in favour of restricting a municipality to its statutory powers exists as much for the minority as for the majority.

The City of Vancouver took action herein by passing resolutions. Clearly this was a purported exercise of its statutory powers. Section 223 of the *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290, indicates that all powers of a council may be exercised by by-law or by resolution. Section 151 of the *Vancouver Charter* repeats this proviso, adding that the powers of Council may be exercised by resolution only where a by-law is not specifically required. A resolution is an act which binds Coun-

Selon la décision *Rogers c. City of Toronto* (1915), 33 O.L.R. 89, citée par l'intimée sur ce point, les tribunaux ne sauraient évaluer le caractère raisonnable d'un exercice particulier de pouvoir municipal. Cependant, le caractère raisonnable des résolutions n'est pas en cause ici — il s'agit de déterminer si la municipalité avait le pouvoir de les adopter. L'appelante a invoqué une décision plus pertinente, *City of Toronto c. Miller Paving Ltd.* (1964), 49 D.L.R. (2d) 214 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi devant notre Cour refusée, [1965] R.C.S. ix. Dans cette affaire, la municipalité avait adopté une résolution exigeant que les entreprises de construction soient syndiquées pour obtenir des contrats de la ville. La Cour d'appel de l'Ontario a annulé la résolution pour le motif que la ville n'avait pas le pouvoir de l'adopter et qu'elle était discriminatoire au sens du droit municipal. Cette décision appuie la conclusion que les résolutions en l'espèce peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire fondé sur la compétence.

De plus, il ne semble y avoir aucune raison de principe valable d'accorder ce genre d'immunité. Il y a de bonnes raisons d'encourager les municipalités à agir dans les limites des pouvoirs que leur confère la loi. Des contribuables se verraient privés d'un recours efficace en l'absence d'un contrôle judiciaire. L'idée que le processus électoral constitue le seul recours est sans valeur pour la minorité qui se trouverait dépouillée de tout recours, et le conseil pourrait continuer à élargir ses pouvoirs légaux tant qu'il réussirait à conserver l'appui de la majorité. La politique générale favorable à ce qu'une municipalité n'agisse que dans les limites des pouvoirs que lui confère la loi existe tout autant pour la minorité que pour la majorité.

En l'espèce, la ville de Vancouver a agi par voie de résolutions. De toute évidence, elle voulait par là exercer ses pouvoirs légaux. L'article 223 de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 290, indique que tous les pouvoirs du conseil peuvent s'exercer par voie de règlement ou de résolution. L'article 151 de la Charte de Vancouver reprend cette disposition et ajoute que le conseil ne peut exercer ses pouvoirs par voie de résolution que lorsqu'un règlement n'est pas expressément requis. Une

cil and municipal officers and officials until repealed. See I. M. Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations* (2nd ed. 1971), at pp. 406.8 and 406.9. In these circumstances, I do not appreciate the force of the argument that the respondent could have accomplished its purpose in some other fashion which would have been immune from judicial review. The respondent argues that it could simply have refused to deal with the appellant. I have difficulty envisaging how this would have been possible without direction from Council. An individual who wishes to engage in conduct and avoid scrutiny of his or her reasons or motives can simply decide to act in a certain fashion. A municipality cannot do this. Any policy or plan not to deal with the appellant would require a decision of Council. Any such decision must be grounded in a statutory power and, whatever its form, would be reviewable. In the absence of such a decision, any attempt to have the staff refuse to deal with the appellant on the basis of a "wink and a nod" would be vulnerable to attack on the basis of absence of authority from Council and would expose the staff to civil liability.

Impermissible Purpose

Generally, a municipal authority is authorized to act only for municipal purposes. In *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650, at p. 668, Iacobucci J., speaking for the Court, adopted the principle from S. M. Makuch, *Canadian Municipal and Planning Law* (1983), at p. 115, that as statutory bodies, municipalities

> . . . may exercise only those powers expressly conferred by statute, those powers necessarily or fairly implied by the expressed power in the statute, and those indispensable powers essential and not merely convenient to the effectuation of the purposes of the corporation.

The "purposes of the corporation" or "municipal purposes" are determined by reference to not only those that are expressly stated but those that are compatible with the purpose and objects of the enabling statute. In *Roncarelli v. Duplessis*, *supra*,

résolution est un acte qui lie le conseil et les fonctionnaires et représentants municipaux jusqu'à son abrogation. Voir I. M. Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations* (2e éd. 1971), aux pp. 406.8 et 406.9. Dans ces circonstances, je ne comprends pas la force que peut avoir l'argument selon lequel l'intimée aurait pu atteindre son objectif d'une autre manière qui aurait échappé à tout contrôle judiciaire. L'intimée prétend qu'elle aurait simplement pu refuser de traiter avec l'appelante. Je vois mal comment elle aurait pu le faire sans directive de la part du conseil. Un particulier qui veut adopter une conduite et éviter l'examen des motifs qui le poussent à le faire peut simplement décider d'agir d'une certaine manière. Une municipalité ne peut le faire. Toute politique ou projet de boycottage de l'appelante nécessiterait une décision du conseil. Toute décision de ce genre doit reposer sur un pouvoir légal et, quelle qu'en soit la forme, pourrait faire l'objet d'un contrôle. En l'absence d'une telle décision, toute tentative de faire en sorte que les membres du personnel refusent officieusement de traiter avec l'appelante prêterait le flanc à des attaques pour absence d'autorisation du conseil et exposerait les membres du personnel à des poursuites en responsabilité civile.

Objet illégitime

En général, une municipalité n'est autorisée à agir que pour des fins municipales. Dans l'arrêt *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650, à la p. 668, le juge Iacobucci adopte, au nom de la Cour, le principe énoncé par S. M. Makuch dans *Canadian Municipal and Planning Law* (1983), à la p. 115, selon lequel, en tant qu'organismes créés par la loi, les municipalités

> . . . peuvent exercer seulement les pouvoirs qui leur sont conférés expressément par la loi, les pouvoirs qui découlent nécessairement ou vraiment du pouvoir explicite conféré dans la loi, et les pouvoirs indispensables qui sont essentiels et non pas seulement commodes pour réaliser les fins de l'organisme.

Les «fins de l'organisme» ou «fins municipales» sont déterminées en fonction non seulement de celles qui sont expressément énoncées, mais encore de celles qui sont compatibles avec le but et les objets de la loi habilitante. Dans l'arrêt *Roncarelli*

at p. 156, Martland J., explaining why the actions of Duplessis exceeded his statutory powers, stated:

> ... it is my view that the discretionary power to cancel a permit given to the Commission by the *Alcoholic Liquor Act* must be related to the administration and enforcement of that statute. It is not proper to exercise the power of cancellation for reasons which are unrelated to the carrying into effect of the intent and purpose of the Act. The association of the appellant with the Witnesses of Jehovah and his furnishing of bail for members of that sect, which were admitted to be the reasons for the cancellation of his permit and which were entirely lawful, had no relationship to the intent and purposes of the *Alcoholic Liquor Act*. [Emphasis added.]

In *Gershman v. Manitoba Vegetable Producers' Marketing Board*, [1976] 4 W.W.R. 406, the Manitoba Court of Appeal applied this reasoning in finding the actions of a public marketing board unlawful. The board had "blacklisted" an individual for, *inter alia*, non-payment of debts and thereafter cancelled the credit of the company for whom the individual worked for as long as it continued to employ him. In the course of its judgment the court stated that "public bodies must not use their powers for purposes incompatible with the purposes envisaged by the statutes under which they derive such powers" (at p. 415).

In most cases, as here, the problem arises with respect to the exercise of a power that is not expressly conferred but is sought to be implied on the basis of a general grant of power. It is in these cases that the purposes of the enabling statute assume great importance. The approach in such circumstances is set out in the following excerpt in Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations*, *supra*, § 64.1, at p. 387, with which I agree:

> In approaching a problem of construing a municipal enactment a court should endeavour firstly to interpret it so that the powers sought to be exercised are in consonance with the purposes of the corporation. The provision at hand should be construed with reference to the

c. Duplessis, précité, en expliquant pourquoi les actes de Duplessis ont excédé les pouvoirs que lui conférait la loi, le juge Martland affirme, à la p. 156:

> [TRADUCTION] ... j'estime que le pouvoir discrétionnaire de révoquer un permis, conféré à la Commission par la *Loi des liqueurs alcooliques*, doit se rattacher à l'administration et à l'application de cette loi. Il ne convient pas de l'exercer pour des motifs qui sont sans rapport avec la réalisation de l'intention et de l'objet de la Loi. L'association de l'appelant avec les Témoins de Jéhovah et le fait qu'il se soit rendu caution pour des membres de cette secte, que l'on a reconnus comme ayant motivé la révocation du permis et qui étaient tout à fait licites, n'avaient aucun lien avec l'intention et les objets de la *Loi des liqueurs alcooliques*. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Gershman c. Manitoba Vegetable Producers' Marketing Board*, [1976] 4 W.W.R. 406, la Cour d'appel du Manitoba a appliqué ce raisonnement pour conclure qu'un office public de commercialisation avait agi de façon illégale. Après avoir inscrit sur sa liste noire le nom d'une personne parce qu'elle avait notamment omis de rembourser des dettes, l'office en cause avait par la suite annulé le crédit accordé à la société pour qui travaillait cette personne, jusqu'à ce qu'elle cesse d'en retenir les services. Dans son jugement, la cour a déclaré que [TRADUCTION] «les organismes publics ne doivent pas se servir de leurs pouvoirs à des fins incompatibles avec celles envisagées par les lois dont elles tiennent leurs pouvoirs» (à la p. 415).

La plupart du temps, comme c'est le cas en l'espèce, le problème se pose souvent relativement à l'exercice d'un pouvoir non expressément conféré mais dont on dit qu'il découle implicitement d'une attribution générale de compétence. C'est dans ces cas que les objets de la loi habilitante revêtent une grande importance. La façon de procéder en pareils cas est énoncée par Rogers dans l'extrait suivant de *The Law of Canadian Municipal Corporations*, *op. cit.*, par. 64.1, à la p. 387, auquel je souscris:

> [TRADUCTION] Devant un problème d'interprétation d'une résolution ou d'un règlement adopté par une municipalité, les tribunaux doivent s'efforcer en premier lieu de donner une interprétation qui harmonise les pouvoirs que l'on cherche à exercer avec les objets de la

object of the municipality: to render services to a group of persons in a locality with a view to advancing their health, welfare, safety and good government.

Any ambiguity or doubt is to be resolved in favour of the citizen especially when the grant of power contended for is out of the "usual range". See Rogers, *supra*, at § 64.1, and *Re Taylor and the City of Winnipeg* (1896), 11 Man. R. 420, *per* Taylor C.J. In this regard I must respectfully disagree with the view expressed by Southin J.A. that in the absence of an express limitation on the respondent's commercial power it should not be interpreted so as to limit its exercise to municipal purposes.

I must, therefore, determine whether the Resolutions were passed for a municipal purpose. Their purpose is amply defined in the preambles and the operative parts of the Resolutions. The explicit purpose is to influence Shell to divest in South Africa by expressing moral outrage against the apartheid regime and to join the alleged international boycott of its subsidiaries and products until Shell "completely withdraws from South Africa". There is no mention as to how the good government, health or welfare of the City or its citizens is affected or promoted thereby. Specifically, there is no mention of any objective of improving relations among its citizens. In view of the detailed recital of the purposes of the Resolutions, no such implicit purpose can be read in. The fourth recital hints at the existence of a broader program to control with whom the City does business. It refers to doing business with South Africa as one of the criteria to be employed. There is, however, no evidence that such a program exists and, indeed, its existence is contradicted by the fact that the City continued to purchase from Chevron. I therefore agree with the trial judge that the respondent was seeking to use its powers to do business "to affect matters in another part of the world" (pp. 348-49), a purpose

municipalité. La disposition en cause devrait s'interpréter en fonction de l'objet de la municipalité: fournir des services à un groupe de personnes, dans une localité, en vue d'en améliorer la santé, le bien-être, la sécurité et le bon gouvernement.

Tout doute ou toute ambiguïté doit profiter au citoyen, particulièrement lorsque le pouvoir que l'on prétend avoir sort de l'«ordinaire». Voir Rogers, *op. cit.*, par. 64.1, et *Re Taylor and the City of Winnipeg* (1896), 11 Man. R. 420, le juge en chef Taylor. À cet égard, je ne puis souscrire à l'opinion exprimée par le juge Southin voulant qu'en l'absence d'une restriction expresse du pouvoir que l'intimée possède en matière commerciale, il ne faille pas l'interpréter de manière à en limiter l'exercice à des fins municipales.

Il me faut donc déterminer si les résolutions ont été adoptées à des fins municipales. Le préambule et le dispositif des résolutions en définissent amplement l'objet. Elles visent explicitement à inciter Shell à se départir de ses investissements en Afrique du Sud, en réprouvant le régime d'apartheid et en prenant part au prétendu boycottage international de ses produits et filiales jusqu'à ce qu'elle [TRADUCTION] «se retire complètement de l'Afrique du Sud». On ne mentionne aucunement en quoi ces résolutions touchent ou favorisent le bon gouvernement, la santé ou le bien-être de la ville ou de ses citoyens. Plus précisément, on n'y trouve aucune mention qu'elles visent à améliorer les relations entre ses citoyens. Compte tenu de l'énumération détaillée des objets des résolutions, on ne saurait leur prêter un tel objectif implicite. Le quatrième attendu suggère l'existence d'un programme plus général de contrôle des fournisseurs avec qui la ville fait affaire. Il met les relations d'affaires avec l'Afrique du Sud au nombre des critères à appliquer. Il n'y a cependant aucune preuve qu'un tel programme existe et, en fait, son existence est réfutée par le fait que la ville continue à acheter de Chevron. Par conséquent, je suis d'accord avec le juge de première instance pour dire que l'intimée cherchait à utiliser ses pouvoirs de faire des affaires [TRADUCTION] «pour exercer une influence dans une autre partie du monde» (pp. 348 et 349), un objectif qui touche à des situations

which is directed at matters outside the territorial limits of the City.

Is this in relation to a municipal purpose? Clearly there is no express power in the *Vancouver Charter* authorizing the Resolutions and if they are valid the respondent must rely on such powers being implied. This requires a consideration of the relevant provisions of the *Vancouver Charter* on the basis of the principles outlined above. So far as the purpose of the *Vancouver Charter* is concerned it is perhaps best expressed in s. 189, which provides that "Council may provide for the good rule and government of the city". In this regard its purpose does not differ from the purpose generally of municipal legislation which, as stated above, is to promote the health, welfare, safety or good government of the municipality. This places a territorial limit on Council's jurisdiction. No doubt Council can have regard for matters beyond its boundaries in exercising its powers but in so doing any action taken must have as its purpose benefit to the citizens of the City. The *Vancouver Charter* is careful to expressly provide for activities in which Council is permitted to engage outside of its limits even when such activities clearly redound to the benefit of the inhabitants of the City. Such activities include participation in public works projects with other municipalities (s. 188) and acquiring property required for the purposes of the City (s. 190).

The respondent relied on several other sections of the *Vancouver Charter* to support the Resolutions. Section 137 gives the City power to engage in commercial, industrial or business undertakings; s. 190 empowers Council to acquire such personal property as may be required for the purposes of the City; and s. 199 allows Council "to do all such things as are incidental or conducive to the exercise of the allotted powers". These sections are general sections found in most if not all municipal Acts and must be construed subject to the limitations imposed by the purpose of the statute as a whole. Any powers implied from their general language must be restricted to municipal purposes and

existant en dehors des limites territoriales de la ville.

Cela se rattache-t-il à un objet municipal? De toute évidence, la Charte de Vancouver ne confère aucun pouvoir explicite d'adopter les résolutions et, si elles sont valides, l'intimée doit se fier qu'un tel pouvoir est implicite. Cela oblige à examiner les dispositions pertinentes de la Charte de Vancouver en fonction des principes exposés ci-dessus. L'article 189, prévoyant que «[l]e conseil peut pourvoir au bon gouvernement de la ville», est peut être celui qui exprime le mieux l'objet de la Charte de Vancouver. À cet égard, son objet ne diffère pas de l'objet de la législation municipale qui, en général, comme je l'ai mentionné plus haut, est de favoriser la santé, le bien-être, la sécurité et le bon gouvernement de la municipalité. Cela circonscrit territorialement la compétence du conseil. Il ne fait aucun doute que, dans l'exercice de ses pouvoirs, le conseil peut tenir compte de situations existant en dehors de ses limites territoriales, mais, ce faisant, ses actions doivent toujours avoir pour objet de profiter aux citoyens. On prend soin, dans la Charte de Vancouver, de prévoir expressément les activités dans lesquelles le conseil est autorisé à s'engager en dehors des limites territoriales de la ville, même lorsque celles-ci profitent manifestement aux citoyens. Ces activités comprennent la participation à des projets de travaux publics avec d'autres municipalités (art. 188) et l'acquisition de biens nécessaires à la réalisation des objets de la ville (art. 190).

L'intimée s'est fondée sur plusieurs autres dispositions de la Charte de Vancouver pour justifier les résolutions. L'article 137 habilite la ville à s'engager dans des entreprises commerciales ou industrielles. L'article 190 habilite le conseil à acquérir les biens meubles nécessaires à la réalisation des objets de la ville. L'article 199 permet au conseil d'[TRADUCTION] «accomplir toute chose accessoire ou favorable à l'exercice [des] pouvoirs [qui lui sont attribués]». Ces articles sont des dispositions générales qui figurent dans la plupart sinon dans la totalité des lois municipales et ils doivent être interprétés sous réserve des restrictions imposées par l'objet de la loi prise dans son

cannot extend to include the imposition of a boycott based on matters external to the interests of the citizens of the municipality.

This conclusion is supported by the decision in *R. v. Lewisham London Borough Council, ex parte Shell UK Ltd.*, *supra*. In a situation very similar to the present one, the Borough Council decided to boycott Shell's products so as to pressure the company to divest from South Africa. The court held that one improper purpose (the desire to interfere with Shell's lawful trade with South Africa and to encourage a general boycott of Shell's business) required the decision to be quashed, despite there having been a second, proper purpose of a desire to foster better race relations in the borough. The respondent seeks to distinguish the case on the grounds that in England, there is no distinction between a borough's exercise of its regulatory versus its corporate powers as there is in Canada. As discussed earlier, I do not think that this distinction is meritorious when assessing whether a municipality acted for a purpose within its jurisdiction. I find this case to be highly persuasive. I recognize that the laws relating to municipal authority under Canadian law are different in some respects from the law governing boroughs in the United Kingdom, and thus this Court must be cautious in accepting any conclusion based on such difference. However, I am inclined to follow its very persuasive reasoning in determining whether the City's extraterritorial purpose to influence the South African political situation is impermissible and extraneous to the power of a municipality. This is especially so, given the parallel factual situations in the two cases. The respondent placed some reliance on one aspect of the decision in *Lewisham*, which held, *inter alia*, that one of the purposes of the policy adopted by the borough was to promote race relations and that this was a lawful purpose for the borough to pursue. This finding does not assist the respondent as this aspect of the policy was expressly authorized by s. 71 of the *Race Relations*

ensemble. Tous pouvoirs qui découlent implicitement de la formulation générale de ces dispositions doivent se limiter à des objets municipaux et ne peuvent aller jusqu'à inclure l'imposition d'un boycottage fondée sur des motifs étrangers aux intérêts des citoyens.

Cette conclusion s'appuie sur la décision *R. c. Lewisham London Borough Council, ex parte Shell UK Ltd.*, précitée. Dans des circonstances très semblables à celles de l'espèce, le conseil municipal avait décidé de boycotter les produits Shell afin de contraindre la société à se départir de ses investissements en Afrique du Sud. La cour a jugé qu'en raison du caractère illégitime de l'un des objectifs poursuivis (le désir d'intervenir dans les rapports commerciaux licites de Shell avec l'Afrique du Sud et d'encourager le boycottage général de l'entreprise), la décision devait être annulée malgré l'existence d'un second objectif, légitime celui-là, qui était d'améliorer les relations interraciales dans la municipalité. L'intimée cherche à établir une distinction d'avec cette affaire pour le motif qu'en Angleterre, contrairement à ce qui se passe au Canada, on ne fait pas de différence entre l'exercice des pouvoirs réglementaires d'une municipalité et l'exercice des pouvoirs qu'elle possède en sa qualité de personne morale. Comme je l'ai déjà dit, je ne crois pas qu'une telle distinction soit valable lorsqu'il s'agit de déterminer si une municipalité a agi à une fin relevant de sa compétence. À mon avis, cette décision est très convaincante. Je reconnais qu'en droit canadien les lois municipales habilitantes diffèrent, à certains égards, du droit qui régit les municipalités du Royaume-Uni, et que notre Cour doit faire preuve de prudence avant d'accepter toute conclusion fondée sur une telle différence. Pour décider si l'objectif extraterritorial de la ville d'influencer la situation politique en Afrique du Sud est illégitime et étranger à la compétence d'une municipalité, je suis toutefois porté à suivre son raisonnement très persuasif, compte tenu particulièrement de l'analogie entre les deux situations factuelles en présence. L'intimée s'est fondée jusqu'à un certain point sur un aspect de la décision *Lewisham* où l'on a conclu notamment que l'un des objets de la politique adoptée par la municipalité était de promouvoir les relations

Act 1976 (U.K.), 1976, c. 74, which provided as follows:

> ... to make appropriate arrangements with a view to securing that their various functions are carried out with due regard to the need —
>
> (*a*) to eliminate unlawful racial discrimination; and
>
> (*b*) to promote equality of opportunity, and good relations, between persons of different racial groups.

In summary on this point, applying the principles enunciated above, I have concluded, as did the trial judge, that the purpose of the Resolutions is to affect matters beyond the boundaries of the City without any identifiable benefit to its inhabitants. This is a purpose that is neither expressly nor impliedly authorized by the *Vancouver Charter* and is unrelated to the carrying into effect of the intent and purpose of the *Vancouver Charter*.

Discrimination

The conclusion that I have reached as to the absence of a municipal purpose is sufficient to dispose of this appeal, but, had I found such a purpose, I would affirm the decision of the trial judge on the second ground. In my view the Resolutions constitute unauthorized discrimination. The respondent has conceded that the Resolutions are intended to discriminate against the appellant and the only issue is whether such discrimination is authorized by the enabling legislation.

The Resolutions of the City of Vancouver are discriminatory in two ways. First, they discriminate against corporations which do business in South Africa and, second, against Shell *vis-à-vis* Chevron and *vis-à-vis* other corporations which also do business in South Africa. The trial judge made the following finding (at p. 347):

interraciales, et que c'était là un objet que la municipalité pouvait licitement poursuivre. Cette conclusion n'est d'aucun secours à l'intimée puisque cet aspect de la politique en cause était expressément autorisé par l'art. 71 de la *Race Relations Act 1976* (R.-U.), 1976, ch. 74, qui prévoyait ce qui suit:

> [TRADUCTION] ... à prendre les dispositions appropriées pour assurer qu'elles exercent leurs diverses fonctions en tenant dûment compte de la nécessité —
>
> *a*) d'éliminer la discrimination raciale et
>
> *b*) de promouvoir l'égalité des chances et les bonnes relations entre les personnes appartenant à différents groupes raciaux.

En résumé, sur ce point, après avoir appliqué les principes énoncés ci-dessus, j'ai conclu, à l'instar du juge de première instance, que les résolutions ont pour objet d'exercer une influence à l'extérieur des limites de la ville et ne comportent aucun bénéfice précis pour ses citoyens. Il s'agit d'un objet qui n'est autorisé ni expressément ni implicitement par la Charte de Vancouver et qui n'est pas lié à la réalisation de l'intention et de l'objet de cette charte.

Discrimination

La conclusion que j'ai tirée au sujet de l'absence d'objet municipal est suffisante pour trancher le présent pourvoi. Toutefois, si j'avais conclu à l'existence d'un tel objet, je confirmerais la décision du juge de première instance relativement au second moyen. J'estime que les résolutions constituent de la discrimination non autorisée. L'intimée a reconnu que les résolutions ont pour objet de traiter l'appelante de façon discriminatoire et il s'agit seulement de savoir si la loi habilitante permet cette discrimination.

Les résolutions de la ville de Vancouver sont discriminatoires de deux façons. Elles sont discriminatoires d'abord envers les sociétés qui font affaire en Afrique du Sud et, ensuite, envers Shell par rapport à Chevron et à d'autres sociétés qui font également affaire en Afrique du Sud. Le juge de première instance formule la conclusion suivante, à la p. 347:

The city of Vancouver purchases approximately $1.4 million of petroleum products each year. One of the companies from which the city purchases is Chevron Canada Limited which through one of its subsidiaries also does business with South Africa. Shell was picked on as a symbol, and it is clear from the minutes of the council meeting that council realized that they were discriminating against Shell because it has business connections with South Africa's apartheid regime. It is clear that the council was motivated by a desire to make a symbolic gesture against international companies with business links in South Africa.

The trial judge noted that the respondent conceded at trial that the Resolutions discriminate against the appellant, but maintained that there existed no statutory bar to such discrimination in the municipality's business dealings and thus the Resolutions remained lawful. The Court has recently addressed itself to a similar issue in *R. v. Sharma*, *supra*. Iacobucci J., for the Court, stated at pp. 667-68:

I agree with Arbour J.A. that this case is governed by the decision of this Court in *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, *supra*, with respect to the discrimination in the by-law scheme. In that case, the Court held that the power to pass municipal by-laws does not entail that of enacting discriminatory provisions (*i.e.*, of drawing a distinction) unless in effect the enabling legislation authorizes such discriminatory treatment. See also Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations* (2nd ed. 1971), at pp. 406.3-406.4:

> It is a fundamental principle of municipal law that by-laws must affect equally all those who come within the ambit of the enabling enactment. Municipal legislation must be impartial in its operation and must not discriminate so as to show favouritism to one or more classes of citizens. Any by-law violating this principle so that all the inhabitants are not placed in the same position regarding matters affected by it is illegal.
>
> The general principle does not apply where the enabling statute clearly specifies that certain persons or things may be excepted from its operation or expressly authorizes some form of discrimination.

[TRADUCTION] La municipalité de Vancouver achète chaque année pour environ 1,4 million de dollars de produits pétroliers. L'un de ses fournisseurs est Chevron Canada Limited, laquelle fait également affaire avec l'Afrique du Sud par l'entremise d'une filiale. Shell a été choisie à titre de symbole et il ressort clairement du procès-verbal de la réunion du conseil que ce dernier était conscient d'agir de façon discriminatoire envers Shell parce que celle-ci a des liens commerciaux avec le régime d'apartheid de l'Afrique du Sud. Il ne fait pas de doute que le conseil était animé du désir d'accomplir un geste symbolique contre les sociétés internationales qui ont des liens commerciaux en Afrique du Sud.

Le juge de première instance a souligné que l'intimée avait reconnu, au procès, que les résolutions étaient discriminatoires envers l'appelante, mais qu'elle avait fait valoir que la loi n'interdisait pas à la municipalité d'établir ce genre de distinctions dans la poursuite de ses relations d'affaires et que les résolutions demeuraient donc légales. La Cour a récemment abordé une question similaire dans l'arrêt *R. c. Sharma*, précité. Le juge Iacobucci affirme, au nom de la Cour, aux pp. 667 et 668:

Je conviens avec le juge Arbour que la présente affaire est régie par l'arrêt de notre Cour *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, précité, en ce qui concerne la discrimination dans le régime de réglementation. Dans cet arrêt, la Cour a statué que le pouvoir d'adopter des règlements municipaux n'emportait pas celui d'édicter des dispositions discriminatoires (c.-à-d. d'établir une distinction) à moins que la loi habilitante ne permette effectivement un tel traitement discriminatoire. Voir également Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations*, (2e éd. 1971), aux pp. 406.3 et 406.4:

> [TRADUCTION] C'est un principe fondamental en droit municipal que les règlements doivent toucher également tous ceux qui sont visés par le texte habilitant. Le règlement municipal doit être impartial dans son application et ne doit pas faire de distinction de manière à montrer un certain favoritisme envers une ou plusieurs catégories de citoyens. Tout règlement qui viole ce principe de telle sorte que les citoyens ne se trouvent pas tous dans la même situation en ce qui concerne les questions qu'il touche est illégal.
>
> Ce principe général ne s'applique pas lorsque la loi habilitante précise clairement que certaines personnes ou choses peuvent être soustraites à son application ou permet expressément une certaine forme de discrimination.

Further on in the judgment, it was stated (at p. 668) that:

> . . . the general reasonableness or rationality of the distinction is not at issue: discrimination can only occur where the enabling legislation specifically so provides or where the discrimination is a necessary incident to exercising the power delegated by the province (*Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc., supra*, at pp. 404-6).

In *Sharma*, a conviction under a by-law prohibiting free-standing street vendors found to be unlawful was set aside and an acquittal was entered.

In dealing with this issue, Southin J.A. in the Court of Appeal was of the view that the approach taken in respect of the first point also applied to the discrimination point. On this approach, there being nothing in the legislation prohibiting the Resolutions, they were valid. With respect, this approach is directly at variance with the decision of this Court in *Sharma*, *supra*, and the authorities referred to therein. The appropriate question is whether discrimination is expressly or impliedly authorized. The relevant sections to which I have already referred are ss. 137, 189, 190 and 199 of the *Vancouver Charter*. They authorize the municipality to engage in business undertakings, to acquire property, real and personal, required for the purposes of the City, to provide for good rule and government, and to do all such things as are incidental or conducive to the specified powers. Obviously in carrying on the business of the City or acquiring property from suppliers or vendors, the City must make choices that can be said to discriminate. Discrimination for commercial or business reasons is a power that is incidental to the powers to carry on business or acquire property. These activities could not be carried on without this power. Different considerations apply to discrimination for non-commercial, non-business reasons that are not grounded in promoting the health, safety or welfare of the inhabitants of the City. It cannot be said that considerations relating to the political policy of a foreign state are so essential to the exercise of enumerated powers as to be implied. Accordingly, ss. 137 and 190 do not assist

Un peu plus loin, le juge affirme, à la p. 668, que:

> . . . le caractère raisonnable ou rationnel général de la distinction n'est pas en cause: il ne saurait y avoir de discrimination que si la loi habilitante le prévoit précisément ou si la discrimination est nécessairement accessoire à l'exercice du pouvoir délégué par la province (*Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, précité, aux pp. 404 à 406).

Dans l'arrêt *Sharma*, la Cour avait jugé illégale et annulé une condamnation prononcée en application d'un règlement municipal interdisant la vente par vendeurs ambulants indépendants et avait inscrit un verdict d'acquittement.

En examinant cette question, le juge Southin de la Cour d'appel a exprimé l'avis que le point de vue adopté à l'égard de la première question s'appliquait également à la question de la discrimination. Selon ce point de vue, les résolutions étaient valides parce que rien dans la loi n'en interdisait l'adoption. En toute déférence, ce point de vue va directement à l'encontre de l'arrêt de notre Cour *Sharma*, précité, et de la doctrine et de la jurisprudence qui y sont mentionnées. Ce qu'il faut se demander c'est si la discrimination est expressément ou implicitement autorisée. Les articles pertinents, que j'ai déjà mentionnés, sont les art. 137, 189, 190 et 199 de la Charte de Vancouver. Ils autorisent la ville à s'engager dans des entreprises commerciales, à acquérir les biens meubles et immeubles nécessaires à la réalisation de ses objets, à pourvoir au bon gouvernement et à accomplir toute chose nécessaire ou favorable à l'exercice des pouvoirs spécifiés. Il va sans dire que dans la conduite de ses affaires et dans l'achat de biens auprès de fournisseurs ou de vendeurs, la ville doit faire des choix pouvant être considérés comme discriminatoires. Le pouvoir d'établir des distinctions pour des motifs commerciaux ou d'affaires est accessoire aux pouvoirs d'exploiter une entreprise ou d'acquérir des biens. Sans ce pouvoir, il serait impossible d'exercer ces activités. Des considérations différentes s'appliquent à la discrimination fondée sur des motifs autres que commerciaux ou d'affaires qui ne visent pas la promotion de la santé, de la sécurité ou du bien-être des citoyens. On ne saurait dire que des consi-

the appellant. Sections 189 and 199 are general enabling sections which do not expressly or by implication authorize discrimination of the kind in question. As I explained, in dealing with impermissible purpose these sections must be applied having regard to the purpose of the enabling statute to confer power in furtherance of municipal purposes.

Finally, reliance was placed on *Hignell v. City of Winnipeg*, [1933] 3 W.W.R. 193 (Man. K.B.). In that case, the Manitoba King's Bench refused to interfere with the city's decision to discriminate and to award contracts only to union shop employers on the grounds that such a decision was within the municipality's jurisdiction. In distinguishing this Manitoba case, Maczko J. agreed that the aldermen of Winnipeg were entitled to show concern for wages paid within the city or for maintaining good relations with trade unions, but held that the considerations behind the present Resolutions were not relevant to the business of the City of Vancouver. It is sufficient to say that that case is wholly distinguishable from the present situation given the "extraterritorial" purpose here to influence the international political situation.

In my opinion, not only is discrimination of the kind involved in this case not authorized by the *Vancouver Charter*, but, arguably, it is prohibited by s. 153, which provides:

153. Except as otherwise provided by this or some other Act, the Council shall not have the power to grant to any person any special rights, franchise, privilege, immunity, or exception beyond such as all others in the like case are entitled to, unless the granting of the same has been authorized by a by-law requiring the assent of the electors.

dérations relatives à la politique d'un État étranger sont si essentielles à l'exercice de pouvoirs énumérés qu'elles sont implicites. Les articles 137 et 190 ne sont donc d'aucun secours à l'appelante. Les articles 189 et 199 sont des dispositions habilitantes générales qui n'autorisent ni expressément ni implicitement le genre de discrimination en question. Comme je l'ai expliqué, lorsqu'il est question d'un objet illégitime, ces dispositions doivent être appliquées en tenant compte du but de la loi habilitante de conférer les pouvoirs nécessaires à la réalisation des objets municipaux.

Enfin, on a invoqué la décision *Hignell c. City of Winnipeg*, [1933] 3 W.W.R. 193 (B.R. Man.). Dans cette affaire, la Cour du Banc du Roi du Manitoba avait refusé de modifier la décision de la ville d'adopter une conduite discriminatoire et de n'accorder des contrats qu'aux employeurs dont les employés étaient syndiqués, en déclarant que la municipalité avait le pouvoir de prendre cette décision. En faisant une distinction d'avec cette affaire manitobaine, le juge Maczko a convenu que les conseillers municipaux de Winnipeg étaient en droit de se soucier des salaires payés dans la ville ou de maintenir des relations harmonieuses avec les syndicats, mais il a conclu que les considérations qui sous-tendent les présentes résolutions n'avaient rien à voir avec les affaires de la ville de Vancouver. Il suffit de dire qu'il est tout à fait possible de distinguer cette affaire d'avec la présente situation étant donné l'existence ici de l'objet «extraterritorial» d'influencer la situation politique internationale.

Selon moi, non seulement le genre de discrimination dont il est question en l'espèce n'est pas autorisé par la Charte de Vancouver, mais encore, pourrait-on soutenir, il est interdit par l'art. 153 qui est ainsi rédigé:

[TRADUCTION] **153.** Sauf dispositions contraires de la présente loi ou de toute autre loi, le conseil ne peut accorder à quelqu'un des droits, privilèges, immunités ou exemptions particuliers en plus de ceux auxquels a droit toute autre personne qui se trouve dans la même situation, à moins qu'une autorisation en ce sens n'ait été obtenue par voie de règlement requérant l'assentiment des électeurs.

The appellant argues that this section bans the Council from singling Shell out absent any plebiscite. The Court of Appeal gave this short shrift in their supplementary reasons (at p. 287), stating that the section "contemplates such things as an exclusive right to carry on a particular business within the City. It has nothing to do with what the City did here."

I am not convinced that the section is deserving of such a narrow application. Even if the section is limited to granting exclusive rights to do business, it may be triggered by the Resolutions since their effect is to grant to other oil companies the power to do business with the City to the exclusion of Shell. The Resolutions are framed as prohibitions on doing business with Shell but they do indirectly have the effect of granting to some persons rights and privileges not enjoyed by all persons "in the like case". Even if one defines the class affected as narrowly as fuel companies dealing with South Africa, the municipality is still engaged in intragroup discrimination since it was doing business with another oil company with South African ties.

One could argue that the Resolutions in no way grant a privilege to do business and so s. 153 is not triggered. At most, the Resolutions deprive Shell of a privilege. However, such a distinction, between empowering and prohibitory enactments, would appear to be somewhat artificial and was not accepted by the British Columbia Supreme Court in *Re Gulf Canada Ltd. and City of Vancouver* (1981), 130 D.L.R. (3d) 146, which held that discrimination within a group (of service station companies) is not permitted even if that discrimination is effected by not granting a licence to one company.

It is not necessary to express any final conclusion on this question inasmuch as I have found that the Resolutions are not expressly or impliedly authorized by the *Vancouver Charter*.

L'appelante soutient que cet article interdit au conseil de prendre Shell à partie sans avoir consulté la population. La Cour d'appel a mis fin sommairement à cet argument dans ses motifs supplémentaires (à la p. 287), en déclarant que l'article [TRADUCTION] «prévoit des choses comme le droit exclusif d'exploiter une entreprise donnée dans la ville. Il n'a rien à voir avec ce que la ville a fait en l'espèce».

Je ne suis pas convaincu que cet article mérite d'être appliqué de façon aussi stricte. Même s'il ne faisait qu'accorder des droits exclusifs de faire des affaires, les résolutions pourraient en déclencher l'application puisqu'elles ont pour effet d'accorder à d'autres sociétés pétrolières, à l'exclusion de Shell, l'autorisation de faire affaire avec la ville. Ces résolutions se présentent sous forme d'interdictions de traiter avec Shell, mais elles ont indirectement pour effet d'accorder à certaines personnes des droits et des privilèges dont ne jouissent pas toutes les personnes «dans la même situation». Même en restreignant la catégorie touchée à celle des sociétés pétrolières qui traitent avec l'Afrique du Sud, la municipalité est encore coupable de discrimination à l'intérieur de cette catégorie, puisqu'elle fait affaire avec une autre pétrolière ayant des liens avec l'Afrique du Sud.

On pourrait prétendre que les résolutions n'accordent aucun privilège de faire des affaires et que l'application de l'art. 153 n'est pas déclenchée. Elles ne font tout au plus que priver Shell d'un privilège. Cependant, une telle distinction entre des dispositions habilitantes et prohibitives semblerait quelque peu artificielle et n'a pas été retenue par la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans *Re Gulf Canada Ltd. and City of Vancouver* (1981), 130 D.L.R. (3d) 146, où l'on a conclu que la discrimination au sein d'un groupe (de sociétés exploitant des stations-service) est interdite même si elle résulte de la non-délivrance d'un permis à une société.

Il n'est pas nécessaire de formuler une conclusion finale sur cette question puisque j'ai jugé que la Charte de Vancouver n'autorise ni expressément ni implicitement l'adoption des résolutions.

Disposition

In view of the conclusions I have reached, it is unnecessary to deal with the constitutional questions. I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the judgment at trial, with costs to the appellant both here and in the Court of Appeal.

Appeal allowed, LAMER C.J. *and* L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER *and* MCLACHLIN JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Clark, Wilson, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The City of Vancouver Law Department, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: M. David Lepofsky, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Françoise Saint-Martin, Ste-Foy.

Dispositif

Compte tenu des conclusions auxquelles je suis arrivé, il n'est pas nécessaire de statuer sur les questions constitutionnelles. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir la décision de première instance, en accordant à l'appelante ses dépens tant devant notre Cour que devant la Cour d'appel.

Pourvoi accueilli, le juge en chef LAMER *et les juges* L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER *et* MCLACHLIN *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelante: Clark, Wilson, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le contentieux de la ville de Vancouver, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: M. David Lepofsky, Toronto.

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

United States of America *Appellant*

v.

John Lépine *Respondent*

INDEXED AS: UNITED STATES OF AMERICA *v.* LÉPINE

File No: 23125.

Hearing and judgment rendered: 1993: June 18.

Reasons delivered: 1994: February 24.

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

ON APPEAL FROM THE ONTARIO COURT (GENERAL DIVISION)

Extradition — Jurisdiction — Conspiracy to import cocaine illegally into Canada — Planning done in Canada — Plan involving activities which took place in the United States — Co-conspirators and cocaine seized at U.S. airport while airplane being refuelled — U.S. seeking extradition of conspirator even though conspirator never in U.S. — Extradition judge finding want of jurisdiction on part of U.S. court to hear case — Whether Canadian executive or extradition judge had authority to consider jurisdiction of requesting state to prosecute the fugitive for offence charged — Nature of the links to an offence that must exist to warrant prosecution under Canadian law — Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23, ss. 13, 18(1)(b), 22 — Extradition Treaty Between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, arts. 1, 3, 3(3), 4(iii), 8.

Respondent participated in a scheme to import cocaine illegally from Colombia by airplane — the Airplane Deal. The scheme was to be financed by a secondary plan to import drugs into Canada from New York. When the New York Deal failed, respondent became involved in the planning to salvage the Airplane Deal.

An airplane owned by one of the conspirators was refurbished in Florida and flown from the United States to Colombia where it received a large cargo of cocaine for transit over the United States to Nova Scotia. The execution of the Airplane Deal ended with the seizure of the cocaine and the arrest of a number of the co-conspir-

États-Unis d'Amérique *Appelant*

c.

John Lépine *Intimé*

RÉPERTORIÉ: ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE *c.* LÉPINE

N° du greffe: 23125.

Audition et jugement: 1993: 18 juin.

Motifs déposés: 1994: 24 février.

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

EN APPEL DE LA COUR DE L'ONTARIO (DIVISION GÉNÉRALE)

Extradition — Compétence — Complot en vue d'importer illégalement de la cocaïne au Canada — Plan conçu au Canada — Plan comportant des activités survenues aux États-Unis — Arrestation d'autres comploteurs et saisie de cocaïne dans un aéroport américain pendant qu'on faisait le plein — Demande d'extradition d'un comploteur faite par les États-Unis, même si celui-ci ne s'est jamais trouvé aux États-Unis — Le juge d'extradition a statué que les tribunaux américains n'avaient pas compétence pour entendre l'affaire — Le pouvoir exécutif canadien ou le juge d'extradition était-il habilité à examiner si l'État requérant avait compétence pour poursuivre le fugitif relativement à l'infraction reprochée? — Nature des liens qui doivent exister avec une infraction pour justifier des poursuites en vertu du droit canadien — Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 13, 18(1)b), 22 — Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 nº 3, art. 1, 3, 3(3), 4(iii), 8.

L'intimé a participé à un plan en vue d'importer illégalement par avion de la cocaïne de la Colombie — l'affaire de l'avion. Ce plan devait être financé au moyen d'un plan secondaire en vue d'importer au Canada des stupéfiants en provenance de New York. Quand l'affaire de New York a échoué, l'intimé a participé à la conception d'un plan en vue de sauver l'affaire de l'avion.

Un avion appartenant à l'un des comploteurs a été réaménagé en Floride et s'est envolé des États-Unis vers la Colombie où une grosse cargaison de cocaïne a été chargée à son bord en vue d'être transportée en Nouvelle-Écosse en passant au-dessus des États-Unis. L'affaire de l'avion s'est terminée par la saisie de la cocaïne

ators found on the airplane at an airport in Pennsylvania where the airplane had made an "unscheduled" stop for refuelling.

Respondent and 15 others were indicted in U.S. District Court with one count of conspiracy to distribute cocaine. The United States sought respondent's extradition because of his role in the conspiracy even though he was never in that country at the relevant times. The extradition judge dismissed the application for committal on the basis that the United States had no jurisdiction to prosecute the offence charged and discharged the respondent. Leave to appeal to this Court was then granted and the Court allowed the appeal, set aside the judge's order and directed him to commit the fugitive for surrender. The issue to be decided was who, the Canadian executive or the judge at the extradition hearing, has authority to consider whether the state requesting the surrender of a fugitive has jurisdiction to prosecute the fugitive for an offence for which the fugitive is charged. The Court also considered the nature of the links to an offence that must exist to warrant prosecution under Canadian law.

Held: The appeal should be allowed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.: In extradition the concern is whether the crime was committed in the territory or jurisdiction of the requesting state, here the United States, not the jurisdiction (venue) of the court seized with the matter. This approach is the more compelling in the case of a federal offence where the whole of the United States is the appropriate jurisdiction.

An extradition judge is not vested with the function of considering the jurisdiction of the requesting state to prosecute the offence. The judge's role under s. 18(1)(*b*) of the *Extradition Act* is the modest one of determining whether the evidence would justify the fugitive's committal for trial under Canadian law if the crime had been committed in Canada. Nothing in the Act requires the judge to consider where the acts charged took place, or the jurisdiction of the requesting state. The jurisdiction of the requesting state and its organs to prosecute a crime are matters governed by the law of that state.

The determination of an extradition crime is conduct based so that the question to be asked is whether the

et l'arrestation d'un certain nombre d'autres comploteurs qui se trouvaient à bord de l'avion dans un aéroport de la Pennsylvanie où l'avion avait fait une escale «imprévue» pour faire le plein.

Un acte d'accusation comportant un seul chef de complot en vue de distribuer de la cocaïne a été déposé en Cour de district des États-Unis contre l'intimé et 15 autres personnes. Les États-Unis ont demandé l'extradition de l'intimé pour le rôle qu'il a joué dans le complot, bien qu'il ne se soit jamais trouvé dans ce pays aux moments pertinents. Le juge d'extradition a rejeté la demande d'incarcération pour le motif que les États-Unis n'avaient pas compétence pour intenter des poursuites relatives à l'infraction reprochée et a libéré l'intimé. L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a ensuite été accordée et celle-ci a accueilli le pourvoi, annulé l'ordonnance du juge et lui a enjoint d'incarcérer le fugitif en vue de l'extrader. Il s'agissait de déterminer qui, du pouvoir exécutif canadien ou du juge qui préside l'audience d'extradition, est habilité à examiner si l'État qui demande l'extradition d'un fugitif a compétence pour le poursuivre relativement à une infraction dont celui-ci est accusé. La Cour a également examiné la nature des liens qui doivent exister avec une infraction pour justifier des poursuites en vertu du droit canadien.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin: Ce qui nous intéresse en matière d'extradition est de savoir si le crime a été commis sur le territoire ou dans le ressort de l'État requérant, en l'occurrence les États-Unis, et non pas dans le ressort (l'étendue territoriale de la juridiction) du tribunal saisi de l'affaire. Cette façon de procéder est encore plus impérieuse dans le cas d'une infraction fédérale où l'ensemble des États-Unis constitue le ressort approprié.

Le juge d'extradition n'a pas pour tâche d'examiner si l'État requérant a compétence pour engager des poursuites relativement à l'infraction commise. Le rôle du juge, aux termes de l'al. 18(1)*b*) de la *Loi sur l'extradition*, consiste simplement à déterminer si les éléments de preuve produits justifieraient, en droit canadien, la citation à procès du fugitif si le crime avait été commis au Canada. Rien dans la Loi n'exige que le juge tienne compte de l'endroit où les actes reprochés ont été accomplis ou de la compétence de l'État requérant. La question de la compétence que l'État requérant et ses organes ont pour engager des poursuites relativement à un crime est une question régie par le droit de cet État.

La détermination de l'existence d'un crime donnant lieu à l'extradition est fondée sur le comportement de

impugned acts or conduct, if committed in Canada, would constitute a crime here. The acts charged in this case would be a crime if committed in Canada. The so-called "double criminality rule" (no one in Canada should be extradited for behaviour that is not a crime in Canada) has been met. The "mirror image" concept should not be adopted.

The courts are charged with ensuring that the double criminality rule and the doctrine of "specialty" (which prohibits the requesting state from prosecuting for crimes other than that for which the extradition took place) are adhered to. The Canadian executive and not the courts must monitor compliance with the treaty. The issue of whether a state has gone beyond the terms of the treaty in exercising jurisdiction, however, is a matter between states. Whether a requesting state has a legitimate interest in prosecuting a fugitive is primarily an issue for the appropriate authorities in the foreign state.

Even assuming the extradition judge had authority under the *Extradition Act* to consider jurisdiction on the "reverse image" approach, the fugitive should be surrendered. Acts, such as the decision to refurbish the airplane and its actual refurbishing, quite apart from the landing in Pennsylvania, were committed in the United States and, had they been committed in Canada, would constitute a crime in Canada sufficient to ground jurisdiction. All the acts, taken together, constituted "a real and substantial link" to the United States.

Per Sopinka and Iacobucci JJ.: The question of whether there was a "real and substantial connection" to the United States is one of mixed law and fact and an integral part of the determination an extradition judge must make as to whether a *prima facie* case has been made out that the crime, if committed in Canada, would warrant a committal for trial. A review of the Treaty and the *Extradition Act* supports the conclusion that this is a matter which is appropriately resolved in a judicial proceeding rather than by executive fiat. Moreover, strong policy reasons favour this position. The practice in Canada has been for the extradition judge to consider jurisdiction over the offence and developments in the common law (*Sinclair v. Director of Public Prosecutions* and *McVey (Re); McVey v. United States of America*) do not warrant a change in this practice.

sorte qu'il faut se demander si les actes ou le comportement reprochés constitueraient un crime au Canada s'ils avaient eu lieu ici. Les actes reprochés en l'espèce constitueraient un crime au Canada s'ils avaient été accomplis ici. On a satisfait à la «règle de la double criminalité» (personne au Canada ne devrait être extradé pour un comportement qui ne constitue pas un crime au Canada). Il n'y a pas lieu d'adopter le concept du «reflet».

Les tribunaux ont la responsabilité de s'assurer que l'on se conforme à la règle de la double criminalité et au principe de la «spécialité» (qui interdit à l'État requérant d'engager des poursuites pour des crimes autres que ceux pour lesquels l'extradition a été ordonnée). C'est le pouvoir exécutif canadien et non pas les tribunaux qui doit jouer un rôle de surveillance en matière d'observation du traité. Cependant, la question de savoir si un État a outrepassé les conditions du traité dans l'exercice de sa compétence est une question qui se pose entre les États. Il appartient essentiellement aux autorités compétentes de l'État étranger de décider si un État requérant a le droit légitime de poursuivre un fugitif.

Même en supposant que le juge d'extradition avait, en vertu de la *Loi sur l'extradition*, le pouvoir d'examiner la question de la compétence au moyen de la méthode du «reflet», il y a lieu d'extrader le fugitif. Des actes, comme la décision de réaménager l'avion et les travaux mêmes de réaménagement, même en faisant abstraction de l'atterrissage en Pennsylvanie, ont été accomplis aux États-Unis et, s'ils avaient été accomplis au Canada, ils constitueraient au Canada un crime suffisant pour donner compétence. Tous ces actes pris ensemble constituaient «un lien réel et important» avec les États-Unis.

Les juges Sopinka et Iacobucci: La question de savoir s'il existait un «lien réel et important» avec les États-Unis est une question mixte de droit et de fait qui fait partie intégrante de la décision qu'un juge d'extradition doit prendre quant à savoir s'il existe une preuve *prima facie* qui justifierait la citation à procès si le crime avait été commis au Canada. Un examen du Traité et de la *Loi sur l'extradition* permet de conclure que c'est une question qu'il convient de trancher dans le cadre d'une procédure judiciaire plutôt qu'au moyen d'un décret du pouvoir exécutif. De plus, cette position est appuyée par de solides raisons de principe. La pratique au Canada veut que ce soit le juge d'extradition qui examine la question de la compétence relative à l'infraction reprochée et l'évolution de la common law (*Sinclair c. Director of Public Prosecutions* et *McVey (Re); McVey c. États-Unis d'Amérique*) ne justifie pas de modifier cette pratique.

Article 3(3) of the Treaty provides that the domestic law of the requested state is determinative of whether the executive or other appropriate authority is empowered to decide if the requested state would exercise jurisdiction in similar circumstances. The Treaty is, therefore, neutral on this issue. It clearly provides, however, that the "mirror image" approach is to be adopted. This mixed question of law and fact requires the decision-maker to consider the evidence as to where the acts took place, make findings in that regard and apply the law of Canada (including s. 6(2) of the *Criminal Code* which prohibits conviction for offences committed outside Canada and the requirement in *Libman v. The Queen* that there be a real and substantial connection with Canada).

The enforcement of Treaty obligations is left to the parties to the Treaty unless an appropriate authority is designated under domestic law. Sections 13 and 18(1)(*b*) of the Act, considered in the context of the Act as a whole, are a sufficient designation to constitute the extradition judge as the appropriate authority to decide this question. Section 13 directs that when a fugitive is brought before a judge, the case is to be dealt with, as nearly as possible, "as if the fugitive [were] brought before a justice of the peace, charged with an indictable offence". Section 18(1)(*b*) goes on to provide that the judge is to issue a committal order if "such evidence is produced as would, according to the law of Canada . . . justify the committal of the fugitive for trial, if the crime had been committed in Canada." In considering whether a crime has been committed in Canada, a judge at a preliminary hearing would, in any case with transnational aspects, consider whether the crime was committed outside of Canada and the effects of both s. 6(2) of the *Criminal Code* and *Libman v. The Queen.*

The extradition judge is the forum eminently suited to determine the issue mandated by Art. 3(3) of the Treaty. The alternative is to relegate its determination to the executive in some unspecified proceeding, presumably involving a hearing to determine a mixed question of law and fact, for which no provision is made either in the Treaty or the Act. Leaving the question of jurisdiction to a judge rather than the executive is more consistent with the scheme of distribution of the respective functions of the executive and the judiciary embodied in the Act. This approach respects the rights of the individual, a purpose weighing heavily in justifying extradition as a reasonable limit on the s. 6(1) *Charter* right to remain in Canada. Since only domestic law relating to jurisdiction need be applied, judges will not become

Le paragraphe 3(3) du Traité prévoit que c'est le droit interne de l'État requis qui détermine qui, du pouvoir exécutif ou d'une autre autorité compétente, a le pouvoir de décider si l'État requis exercerait compétence dans des circonstances similaires. Le Traité est donc neutre quant à cette question. Toutefois, il prévoit clairement qu'il faut adopter la méthode du «reflet». Cette question mixte de droit et de fait exige que le décideur examine la preuve relative à l'endroit où les actes ont été accomplis, tire des conclusions à cet égard et applique le droit canadien (y compris le par. 6(2) du *Code criminel*, qui interdit les condamnations pour des infractions commises à l'étranger, et l'exigence de *Libman c. La Reine* qu'il y ait un lien réel et important avec le Canada).

L'exécution des obligations du Traité est laissée aux parties à ce traité à moins qu'une autorité compétente ne soit désignée en vertu du droit interne. L'article 13 et l'al. 18(1)*b*), pris dans le contexte général de la Loi, sont suffisamment précis pour faire du juge d'extradition l'autorité compétente pour trancher cette question. L'article 13 prévoit que, lorsqu'un fugitif comparaît devant un juge, l'audition doit se dérouler, dans la mesure du possible, «comme s'il comparaissait devant un juge de paix pour un acte criminel». L'alinéa 18(1)*b*) prévoit ensuite que le juge doit rendre une ordonnance d'incarcération lorsque «les éléments de preuve produits justifieraient en droit canadien [. . .] sa citation à procès si le crime avait été commis au Canada.» Pour examiner si un crime a été commis au Canada, le juge présidant une enquête préliminaire examinerait, dans toute affaire comportant des aspects transnationaux, si le crime a été commis à l'étranger et quels effets ont le par. 6(2) du *Code criminel* et l'arrêt *Libman c. La Reine.*

Le juge d'extradition est celui qui convient parfaitement pour trancher la question visée au par. 3(3) du Traité. L'autre solution consiste à confier au pouvoir exécutif le soin de la trancher dans le cadre de quelque procédure imprécise comportant probablement une audience visant à trancher une question mixte de droit et de fait, dont ne traite aucune disposition du Traité ou de la Loi. Laisser le soin de trancher la question de la compétence à un juge plutôt qu'au pouvoir exécutif est plus compatible avec le régime de répartition des fonctions respectives du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire, établi dans la Loi. Cette interprétation respecte les droits de l'individu, un but qui pèse lourd dans la justification de l'extradition comme restriction raisonnable du droit de demeurer au Canada garanti par le par. 6(1) de la *Charte*. Comme il n'est nécessaire d'appliquer que le droit interne en matière de compétence, les juges ne

embroiled in the lengthy and murky issue of deciding foreign law.

Finally, if the extradition judge is not empowered to deal with jurisdiction over the offence and the matter is exclusively within the authority of the executive, this Court has no jurisdiction to make that determination. This is an appeal from the decision of the extradition judge and this Court can only make any order that the extradition judge ought to have made. If determination as to jurisdiction must be made by the executive, the surrender cannot be made in compliance with the Treaty until the executive makes that determination.

Cases Cited

By La Forest J.

Considered: *McVey (Re); McVey v. United States of America*, [1992] 3 S.C.R. 475; **referred to:** *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; *Sinclair v. Director of Public Prosecutions*, [1991] 2 All E.R. 366; *Schtraks v. Government of Israel*, [1964] A.C. 556; *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178; *Liangsiriprasert v. United States Government*, [1990] 2 All E.R. 866.

By Sopinka J.

Considered: *McVey (Re); McVey v. United States of America*, [1992] 3 S.C.R. 475; **distinguished:** *Sinclair v. Director of Public Prosecutions*, [1991] 2 All E.R. 366; **referred to:** *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1975] 1 S.C.R. 228; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *Schtraks v. Government of Israel*, [1964] A.C. 556; *Duff Development Co. v. Government of Kelantan*, [1924] A.C. 797; *Taylor v. Barclay* (1828), 2 Sim. 213, 57 E.R. 769; *Chateau-Gai Wines Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1970] Ex. C.R. 366.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 6(1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 6(2), 465(3), (4).
Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23, ss. 13, 18(1)(*b*), 22.

seront pas entraînés dans la question longue et obscure de la détermination de l'état du droit étranger.

Enfin, si le juge d'extradition n'est pas habilité à traiter de la compétence relative à l'infraction reprochée et que la question relève exclusivement du pouvoir exécutif, notre Cour n'a pas compétence pour prendre cette décision. Il s'agit d'un pourvoi contre la décision rendue par le juge d'extradition et notre Cour peut seulement rendre une ordonnance qu'il aurait dû rendre. Si la décision quant à la compétence doit être prise par le pouvoir exécutif, il ne pourra y avoir extradition conformément au Traité que lorsque le pouvoir exécutif aura pris cette décision.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêt examiné: *McVey (Re); McVey c. États-Unis d'Amérique*, [1992] 3 R.C.S 475; **arrêts mentionnés:** *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; *Sinclair c. Director of Public Prosecutions*, [1991] 2 All E.R. 366; *Schtraks c. Government of Israel*, [1964] A.C. 556; *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178; *Liangsiriprasert c. United States Government*, [1990] 2 All E.R. 866.

Citée par le juge Sopinka

Arrêt examiné: *McVey (Re); McVey c. États-Unis d'Amérique*, [1992] 3 R.C.S. 475; **distinction d'avec l'arrêt:** *Sinclair c. Director of Public Prosecutions*, [1991] 2 All E.R. 366; **arrêts mentionnés:** *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *Schtraks c. Government of Israel*, [1964] A.C. 556; *Duff Development Co. c. Government of Kelantan*, [1924] A.C. 797; *Taylor c. Barclay* (1828), 2 Sim. 213, 57 E.R. 769; *Chateau-Gai Wines Ltd. c. Attorney General of Canada*, [1970] R.C. de l'É. 366.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 6(1).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 6(2), 465(3), (4).
Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 13, 18(1)*b*), 22.

Extradition Treaty Between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, Arts. 1, 3, 3(3), 4(1)(iii), 8, 10.
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 45.
United States Code, Title 21, §§ 841, 846.

Authors Cited

La Forest, Anne Warner. *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991.

APPEAL from a judgment of Chilcott J., Ontario Court (General Division), June 2, 1992. Appeal allowed.

William H. Corbett, Q.C., and *Robert J. Frater*, for the appellant.

Michael D. Edelson and *Connie D'Angelo*, for the respondent.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ. was delivered by

LA FOREST J. — This case is concerned with who, the Canadian executive or the judge at an extradition hearing, has authority to consider whether the state requesting the surrender of a fugitive has jurisdiction to prosecute the fugitive for an offence for which the fugitive is charged. It also considers the nature of the links to an offence that must exist to warrant prosecution under Canadian law.

In April 1990, several individuals, including William James McGoldrick, developed a plan (the "Airplane Deal" as they called it) to procure about 2000 kilograms of cocaine in Colombia and fly it to Nova Scotia for distribution. A plane belonging to McGoldrick was to be refurbished in Florida and flown to Colombia to obtain the cocaine. The deal was expected to generate 5 to 7 million dollars in cash or cocaine. A Canadian named Harry

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 45.
Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 nº 3, art. 1, 3, 3(3), 4(1)(iii), 8, 10.
United States Code, Title 21, §§ 841, 846.

Doctrine citée

La Forest, Anne Warner. *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991.

POURVOI contre une décision rendue le 2 juin 1992 par le juge Chilcott de la Cour de l'Ontario (Division générale). Pourvoi accueilli.

William H. Corbett, c.r., et *Robert J. Frater*, pour l'appelant.

Michael D. Edelson et *Connie D'Angelo*, pour l'intimé.

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin rendu par

LE JUGE LA FOREST — En l'espèce, il s'agit de savoir qui, du pouvoir exécutif canadien ou du juge qui préside une audience d'extradition, est habilité à examiner si l'État qui demande l'extradition d'un fugitif a compétence pour le poursuivre relativement à une infraction dont celui-ci est accusé. Le pourvoi porte également sur la nature des liens qui doivent exister avec une infraction pour justifier des poursuites en vertu du droit canadien.

En avril 1990, plusieurs individus, dont William James McGoldrick, ont conçu un plan ([TRADUCTION] l'«affaire de l'avion», comme ils l'appelaient) afin de se procurer environ 2 000 kilogrammes de cocaïne en Colombie et de la transporter par avion en Nouvelle-Écosse en vue de la distribuer. Un avion appartenant à McGoldrick devait être réaménagé en Floride et envoyé en Colombie pour prendre livraison de la cocaïne. On s'attendait à ce que l'affaire rapporte de 5 à 7 millions de dollars en argent ou en cocaïne. Un Canadien du nom de Harry Hill avait participé à ces dis-

Hill was involved in these discussions and was to secure investors for the plan.

Hill approached the respondent to solicit his participation. The respondent discussed the matter with Kenneth Mousseau and both of them advised him that he should meet with Michael Vanasse. They then developed a plan to raise enough money to finance the deal. This subsidiary plan was to purchase eight kilograms of cocaine in New York City and sell it in Canada, the profits to be used to further the Airplane Deal. To finance the New York City Deal, the respondent and Mousseau agreed to provide $225,000 which they were temporarily holding for a third party. Vanasse guaranteed the money. Hill took $25,000 and used $15,000 as a deposit on the Airplane Deal. The rest of the money was eventually given to Kenneth A. Herman, who had been brought in to supervise the New York City Deal. That deal collapsed when the money was stolen in New York. The respondent, Mousseau, Herman and Vanasse met in Ottawa in July 1990 and decided that the best way to recoup the $225,000 was to assist Hill in the Airplane Deal.

Preparations for the reception of the cocaine in Nova Scotia were made by other co-conspirators in August 1990. The plane with a number of co-conspirators departed from, and made several stops in Florida, refuelled in Georgia, and then left for Colombia. In Colombia the aircraft was loaded with 1349 kilograms of cocaine. The airplane, destined for Nova Scotia, made a stop in Allentown, Pennsylvania, on September 21, 1990. Though the stop was described as "unscheduled", there is some evidence that it was intended for refuelling. At all events, following the stop, American law enforcement officials seized the cocaine, and McGoldrick, Hill and another were arrested.

The United States sought the extradition of the respondent for his role in the conspiracy, though he was never at the relevant times in the United

cussions et devait trouver des investisseurs en vue de réaliser le plan.

Hill s'est adressé à l'intimé afin de solliciter sa participation. L'intimé a discuté de la question avec Kenneth Mousseau et tous les deux lui ont conseillé de rencontrer Michael Vanasse. Ils ont ensuite conçu un plan afin de réunir suffisamment de fonds pour financer l'affaire. Ce plan secondaire consistait à acheter huit kilogrammes de cocaïne à New York et à les vendre au Canada, les profits devant servir à réaliser l'affaire de l'avion. Dans le but de financer l'affaire de New York, l'intimé et Mousseau ont convenu de fournir la somme de 225 000 $ qu'ils détenaient temporairement pour le compte d'un tiers. Vanasse s'est porté garant de l'argent. Hill a pris 25 000 $ et a utilisé 15 000 $ pour verser un dépôt relativement à l'affaire de l'avion. Le reste de l'argent a finalement été remis à Kenneth A. Herman qui avait été chargé de superviser l'affaire de New York. Cette affaire est tombée à l'eau quand l'argent a été volé à New York. L'intimé, Mousseau, Herman et Vanasse se sont rencontrés à Ottawa en juillet 1990 et ont décidé que la meilleure façon de récupérer les 225 000 $ serait d'aider Hill dans l'affaire de l'avion.

Ce sont d'autres comploteurs qui, en août 1990, ont pris des dispositions en vue de recevoir la cocaïne en Nouvelle-Écosse. Parti de la Floride, l'avion, qui transportait un certain nombre de comploteurs, a effectué plusieurs escales dans cet État, a fait le plein en Géorgie et a ensuite mis le cap sur la Colombie. En Colombie, 1 349 kilogrammes de cocaïne ont été chargés à bord de l'appareil. Alors qu'il se dirigeait vers la Nouvelle-Écosse, l'avion a fait escale à Allentown (Pennsylvanie), le 21 septembre 1990. Bien que l'escale ait été qualifiée d'[TRADUCTION] «imprévue», certains éléments de preuve indiquent qu'elle a été effectuée pour faire le plein. De toute façon, à la suite de cette escale, des fonctionnaires américains chargés de l'application de la loi ont saisi la cocaïne, et McGoldrick, Hill et une autre personne ont été arrêtés.

Les États-Unis ont demandé l'extradition de l'intimé pour le rôle qu'il a joué dans le complot, bien qu'il ne se soit jamais trouvé aux États-Unis

States. An indictment charging him and 15 others with a single count of conspiracy to distribute cocaine was filed on September 12, 1991 in the United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania. The affidavit evidence of a United States Attorney indicates that this is a violation of Title 21, *United States Code*, § 846, which makes unlawful the act of conspiring to commit a violation of federal law regulating controlled substances, here a conspiracy to violate Title 21, *United States Code*, § 841. The offence is punishable by a minimum of 10 years' imprisonment, and where there has been a prior conviction on a drug offence by 20 years' imprisonment.

aux moments pertinents. Un acte d'accusation comportant un seul chef de complot en vue de distribuer de la cocaïne a été déposé contre lui et 15 autres personnes, le 12 septembre 1991, à la Cour de district des États-Unis pour le district est de la Pennsylvanie. Selon la preuve qu'un procureur des États-Unis a présentée par affidavit, il s'agit là d'une violation de § 846 du titre 21 du *United States Code*, qui rend illégal le fait de comploter en vue de violer une loi fédérale portant sur des substances réglementées, en l'occurrence, un complot en vue de violer § 841 du titre 21 du *United States Code*. Cette infraction est punissable d'un emprisonnement minimal de 10 ans et, en cas de déclaration antérieure de culpabilité d'une infraction en matière de stupéfiants, d'une peine d'emprisonnement de 20 ans.

The United States formally requested the extradition of the respondent in a diplomatic note on November 5, 1991. A warrant for his arrest was issued and an extradition hearing was held before Chilcott J. of the Ontario Court (General Division). The appellant relied on affidavit evidence to establish its case for the extradition of the respondent. The primary evidence was the affidavits of the co-conspirators Mousseau and Herman. On May 15, 1992, the judge dismissed the application for committal, and discharged the respondent. Leave to appeal to this Court was then sought and granted. Following the hearing, the Court, for reasons to follow, allowed the appeal, set aside the judge's order and directed him to commit the fugitive for surrender.

Les États-Unis ont demandé officiellement l'extradition de l'intimé dans une note diplomatique, le 5 novembre 1991. Un mandat d'arrestation a été décerné et une audience d'extradition s'est tenue devant le juge Chilcott de la Cour de l'Ontario (Division générale). L'appelant se fondait sur une preuve par affidavit pour réclamer l'extradition de l'intimé. La preuve primaire était constituée des affidavits des comploteurs Mousseau et Herman. Le 15 mai 1992, le juge a rejeté la demande d'incarcération et a libéré l'intimé. L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a alors été demandée et accordée. À la suite de l'audience, la Cour, pour des motifs à suivre, a accueilli le pourvoi, annulé l'ordonnance du juge et lui a enjoint d'incarcérer le fugitif en vue de l'extrader.

Chilcott J. had dismissed the application for committal on the basis of the threshold issue that the United States had no jurisdiction to prosecute the offence charged. That was because, in his view, there was no evidence that the acts pursuant to the conspiracy charged were intended to produce detrimental effects in the United States or that there was any substantive link between the conspiracy and the United States. In understanding his reasons, however, it is important to underline his approach to the conspiracy charged. He appears to have thought the conspiracy in the indictment was related solely to activities that had taken place

Le juge Chilcott avait rejeté la demande d'incarcération pour le motif préliminaire que les États-Unis n'avaient pas compétence pour intenter des poursuites relatives à l'infraction reprochée. À son avis, il en était ainsi parce qu'il n'y avait aucune preuve que les actes accomplis dans le cadre du complot reproché visaient à produire des effets préjudiciables aux États-Unis ou qu'il existait un lien important entre le complot et les États-Unis. Toutefois, pour comprendre ses motifs, il est important de souligner la façon dont il a abordé la question du complot reproché. Il semble avoir pensé que le complot mentionné dans l'acte d'ac-

in the State of Pennsylvania. He sought links to that state alone, rather than links to the United States as a whole. As he put the issue: "The question to be answered is whether there is a significant enough portion of the activities constituting the offence committed in the State of Pennsylvania, in the United States of America to give it jurisdiction over the offence." His later conclusions concerning the sufficiency of the evidence are quite consistent with this. For example, in the course of discussing that issue, he notes that the evidence "involves the respondent in the (New York deal)", which "keeping in mind the purpose for which the (New York deal) was originated and initiated and the active participation of the respondent in that venture that the respondent is a party to the main conspiracy". Again he observes that "the main conspiracy or agreement was entered into elsewhere than at Allentown, in the State of Pennsylvania". Since he determined the issue of jurisdiction only by reference to the links to Pennsylvania, his conclusion that "[t]here is no real and substantial link between the offence and the requesting state" is not inconsistent with his other conclusion regarding the matter of evidence about which he states: "[t]here is sufficient admissible evidence to establish that the fugitive was part of a conspiracy, but the conspiracy of which he was a member was not the one set out in the . . . Indictment of the Eastern District of Pennsylvania . . .".

cusation ne se rapportait qu'à des activités qui s'étaient déroulées dans l'État de la Pennsylvanie. Il a cherché des liens avec cet État seulement, plutôt que des liens avec les États-Unis dans leur ensemble. Voici comment il pose la question: [TRADUCTION] «Il s'agit de savoir si une partie suffisamment importante des activités constituant l'infraction s'est déroulée dans l'État de la Pennsylvanie, aux États-Unis, pour lui conférer compétence relativement à l'infraction.» Ses conclusions subséquentes au sujet du caractère suffisant de la preuve sont tout à fait compatibles avec cela. Par exemple, en examinant la question, il fait remarquer que la preuve [TRADUCTION] «implique l'intimé dans (l'affaire de New York)», ce qui, [TRADUCTION] «compte tenu du but recherché dans (l'affaire de New York) et de la participation active de l'intimé dans cette entreprise [montre] que l'intimé a participé au complot principal». Encore une fois, il fait observer que [TRADUCTION] «le complot ou marché principal a été formé ou conclu ailleurs qu'à Allentown dans l'État de la Pennsylvanie». Comme il ne s'est prononcé sur la question de la compétence qu'en fonction des liens avec la Pennsylvanie, sa conclusion selon laquelle [TRADUCTION] «[i]l n'existe aucun lien réel et important entre l'infraction et l'État requérant» n'est pas incompatible avec son autre conclusion sur la question de la preuve au sujet de laquelle il déclare: [TRADUCTION] «[i]l y a suffisamment d'éléments de preuve admissibles pour établir que le fugitif faisait partie d'un complot, mais le complot auquel il a participé n'était pas celui mentionné dans [. . .] l'acte d'accusation du district est de la Pennsylvanie . . .».

I should immediately observe that I respectfully disagree with the extradition judge's approach to the jurisdictional issue. What one is concerned with in extradition is whether the crime was committed in the territory or jurisdiction of the requesting state, here the United States, not the jurisdiction (perhaps more appropriately described as venue) of the particular court that may be seized with the matter; see *Extradition Treaty Between Canada and the United States of America*, Can. T.S. 1976 No. 3, Art. 1. That approach seems to me to be even more compelling in the case of a

Je ferais remarquer immédiatement qu'en toute déférence je ne suis pas d'accord avec la façon dont le juge d'extradition aborde la question de la compétence. Ce qui nous intéresse en matière d'extradition est de savoir si le crime a été commis sur le territoire ou dans le ressort de l'État requérant, en l'occurrence les États-Unis, et non pas dans le ressort (peut-être décrit de façon plus appropriée comme l'étendue territoriale de la juridiction) du tribunal précis qui peut être saisi de l'affaire; voir le *Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, R.T. Can.

federal offence, like the one in question here, where the whole of the United States is the appropriate jurisdiction. The specification in the indictment that the offence is alleged to have occurred in Allentown in the Eastern District of Pennsylvania is presumably there to ground jurisdiction for the purposes of domestic United States law in the court of that district, but one cannot ignore the reference to the fact that the offence charged includes activities that take place "elsewhere". And as will become apparent later, there were sufficient acts committed in other parts of the United States to give that country jurisdiction, at least in accordance with the Canadian law on the subject. I leave aside for the moment whether there might even have been sufficient links in the State of Pennsylvania to support jurisdiction on that ground. For I wish now to turn to the issue on which the appellant grounded its appeal, namely, whether an extradition judge has jurisdiction to entertain any of those questions.

1976 nº 3, art. 1. Cette façon de procéder me semble encore plus impérieuse dans le cas d'une infraction fédérale, comme celle dont il est question en l'espèce, où l'ensemble des États-Unis constitue le ressort approprié. En précisant, dans l'acte d'accusation, que l'infraction aurait été commise à Allentown dans le district est de la Pennsylvanie, on a probablement voulu dire que c'est le tribunal de ce district qui a compétence pour appliquer le droit interne des États-Unis, mais on ne saurait ignorer la mention du fait que l'infraction reprochée comporte des activités qui ont eu lieu «ailleurs». Et comme il apparaîtra plus loin, il y a eu suffisamment d'actes accomplis dans d'autres parties des États-Unis pour conférer compétence à ce pays, au moins selon le droit canadien en la matière. Je laisse de côté, pour le moment, la question de savoir s'il aurait même pu exister des liens suffisants dans l'État de la Pennsylvanie pour justifier la compétence pour ce motif. Je vais maintenant aborder la question sur laquelle l'appelant a fondé son appel, à savoir si un juge d'extradition a compétence pour examiner l'une ou l'autre de ces questions.

Counsel for the appellant argued that an extradition judge simply is not vested with authority to consider whether the requesting state has jurisdiction over the offence charged. The primary responsibility of that judge under s. 18(1)(*b*) of the *Extradition Act*, R.S.C., 1985, c. E-23, he added, was to determine whether such evidence has been produced as would, according to Canadian law, justify the committal of the fugitive for trial if the crime had been committed in Canada. The whole matter of the jurisdiction of the requesting state, he maintained, fell outside the ambit of the extradition judge's function. Assuming, which he denied, that the extradition judge had any role to play in considering the requesting state's jurisdiction to prosecute, it could only be in terms of fitting the facts constituting the offence into the Canadian legal framework in the course of performing his task of determining whether the acts charged would constitute a crime according to the law of Canada — a type of "mirror image" approach under which only the specific acts that took place in the United

L'avocat de l'appelant a soutenu qu'un juge d'extradition n'a tout simplement pas le pouvoir d'examiner si l'État requérant a compétence relativement à l'infraction reprochée. Selon l'al. 18(1)*b*) de la *Loi sur l'extradition*, L.R.C. (1985), ch. E-23, a-t-il ajouté, le juge avait pour responsabilité première de déterminer si on avait produit des éléments de preuve qui, en droit canadien, justifieraient la citation à procès du fugitif si le crime avait été commis au Canada. Toute la question de la compétence de l'État requérant, a-t-il maintenu, se situait en dehors de la sphère d'attributions du juge d'extradition. À supposer, ce qu'il a nié, que le juge d'extradition ait eu un rôle quelconque à jouer dans l'examen de la compétence de l'État requérant pour engager des poursuites, cela n'aurait pu être que sur le plan de l'adaptation, au cadre juridique canadien, des faits constituant l'infraction dans l'exercice de sa tâche consistant à déterminer si les actes reprochés constitueraient un crime selon le droit canadien — un genre de méthode du «reflet», selon laquelle seuls les actes

States would be considered to have taken place in Canada.

I state immediately that I am fully in agreement with counsel's submission that an extradition judge is not vested with the function of considering the jurisdiction of the requesting state to prosecute the offence. As this Court has repeatedly stated, the judge's role under s. 18(1)(*b*) of the Act is the modest one of determining whether such evidence is produced as would justify the fugitive's committal for trial under Canadian law if the crime had been committed in Canada; see, for example, *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536, at p. 553. If such evidence has been produced, the judge must commit the fugitive for surrender; otherwise the judge must discharge him. There is nothing in the Act that requires the judge to consider where the acts charged took place, or the jurisdiction of the requesting state. The issue of the jurisdiction of the requesting state and its organs to prosecute a crime is essentially a matter governed by the law of that state. And the decision of this Court in *McVey (Re); McVey v. United States of America*, [1992] 3 S.C.R. 475, at p. 529, (a case, it should be said, that had not been decided at the time of the extradition hearing in the present case) makes it clear that "the extradition judge 'is not concerned with foreign law at all'". The difficulties and delays inherent in a judge's examining issues of foreign law are fully set forth in *McVey*, at p. 528, and I need not repeat them. I need only say that, if anything, the determination of the jurisdiction of a foreign state by a judge unfamiliar with the relevant law seems to me to be an even more thorny task than a determination of the substantive law of that state.

At all events, that is not what s. 18(1)(*b*) calls upon the extradition judge to do. What it mandates is that the judge determine whether the evidence produced establishes a *prima facie* case that would justify committal for trial "if the crime had been committed in Canada" (emphasis added). *McVey* has held that the determination of an extradition

précis qui ont été accomplis aux États-Unis seraient considérés comme l'ayant été au Canada.

J'affirme immédiatement que je suis entièrement d'accord avec la prétention de l'avocat que le juge d'extradition n'a pas pour tâche d'examiner si l'État requérant a compétence pour engager des poursuites relativement à l'infraction commise. Comme notre Cour l'a déclaré à maintes reprises, le rôle du juge, aux termes de l'al. 18(1)*b*) de la Loi, consiste simplement à déterminer si les éléments de preuve produits justifieraient, en droit canadien, la citation à procès du fugitif si le crime avait été commis au Canada; voir, par exemple, *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, à la p. 553. Si de tels éléments de preuve ont été produits, le juge doit faire incarcérer le fugitif en vue de son extradition, sinon il doit le libérer. Rien dans la Loi n'exige que le juge tienne compte de l'endroit où les actes reprochés ont été accomplis ou de la compétence de l'État requérant. La question de la compétence que l'État requérant et ses organes ont pour engager des poursuites relativement à un crime est essentiellement une question régie par le droit de cet État. Et l'arrêt de notre Cour *McVey (Re); McVey c. États-Unis d'Amérique*, [1992] 3 R.C.S. 475, à la p. 529 (une affaire qui, on doit le dire, n'avait pas été tranchée au moment où a été tenue l'audience d'extradition en l'espèce), vient préciser que «le juge d'extradition [TRADUCTION] «ne doit pas s'occuper du tout du droit étranger»». Les difficultés et les délais inhérents à l'examen par un juge de questions de droit étranger sont très bien exposés dans l'arrêt *McVey*, à la p. 528, et il ne m'est pas nécessaire de les reprendre. Il me suffit de dire que la détermination de la compétence d'un État étranger par un juge qui ne connaît pas bien le droit pertinent me semble plutôt constituer une tâche encore plus ardue que la détermination du droit positif de cet État.

De toute façon, ce n'est pas ce que l'al. 18(1)*b*) demande au juge d'extradition de faire. Il lui impose de déterminer si les éléments de preuve produits établissent une preuve *prima facie* qui justifierait la citation à procès «si le crime avait été commis au Canada» (je souligne). Il a été décidé dans l'arrêt *McVey* que la détermination de l'exis-

crime is conduct based. The question to be asked, then, is whether, if the impugned acts or conduct had been committed in Canada, they would constitute a crime here; see *McVey*, at pp. 536 and 541. It is not whether, if some of the conduct had been committed here and some abroad, it would be a crime here. Like the extradition judge, I have no doubt that the acts charged, if committed in Canada, would be a crime here. The so-called "double criminality rule" has thus been met. There is no need, and in my view, it would be wrong, to adopt the "mirror image" concept. All the Act requires is that the act or conduct with which the fugitive is charged would be an extradition crime "if the crime [the act or conduct] had been committed in Canada" (emphasis added). This is entirely in keeping with the underlying reason for the double criminality rule that no one in Canada shall be surrendered for prosecution outside this country for behaviour that does not amount to a crime in this country.

tence d'un crime donnant lieu à l'extradition est fondée sur le comportement. Il faut alors se demander si les actes ou le comportement reprochés constitueraient un crime au Canada s'ils avaient eu lieu ici; voir *McVey*, aux pp. 536 et 541. Il ne s'agit pas de savoir si le comportement constituerait un crime au Canada s'il avait eu lieu en partie ici et en partie ailleurs. À l'instar du juge d'extradition, je ne doute nullement que les actes reprochés constitueraient un crime au Canada s'ils avaient été accomplis ici. On a donc satisfait à la «règle de la double criminalité». Il n'est pas nécessaire et, à mon avis, il serait erroné d'adopter le concept du «reflet». La Loi précise seulement que l'acte ou le comportement reproché au fugitif devrait être un crime donnant lieu à l'extradition «si le crime [l'acte ou le comportement] avait été commis au Canada» (je souligne). Cela est tout à fait conforme à la raison d'être de la règle de la double criminalité suivant laquelle personne au Canada ne sera extradé afin d'être poursuivi à l'extérieur de notre pays pour un comportement qui ne constitue pas un crime dans notre pays.

The double criminality rule (coupled with the doctrine of "specialty" which prohibits the requesting state from prosecuting for crimes other than that for which the extradition took place) are the procedures adopted by the high contracting parties to protect the individual. This type of duty is assigned to the courts. The issue of whether a state has gone beyond the terms of the treaty in exercising jurisdiction is a matter between states. The question whether a requesting state has a legitimate interest in prosecuting a fugitive is primarily an issue for the appropriate authorities in the foreign state. As it was put in *McVey*, at p. 549:

La règle de la double criminalité (conjuguée au principe de la «spécialité» qui interdit à l'État requérant d'engager des poursuites pour des crimes autres que ceux pour lesquels l'extradition a été ordonnée) est la procédure adoptée par les États contractants afin de protéger le particulier. Ce genre d'obligation est imposé aux tribunaux. La question de savoir si un État a outrepassé les conditions du traité dans l'exercice de sa compétence est une question qui se pose entre les États. Il appartient essentiellement aux autorités compétentes de l'État étranger de décider si un État requérant a le droit légitime de poursuivre un fugitif. Comme il a été dit dans *McVey*, à la p. 549:

> ... the act must be a crime in the requesting country. Why would it prosecute otherwise? That originally is a matter for the prosecuting authorities and ultimately for the courts of the demanding state, here the United States. Similarly, officials in the State Department in the United States must conclude that the act charged falls within the treaty according to the laws of that country. They are unfamiliar with our laws. The requested state will naturally wish to monitor the treaty to ensure that its obligations are engaged, and for that purpose the

> ... l'acte doit être un crime dans l'État requérant. Autrement, pourquoi ferait-il l'objet de poursuites? Initialement cette question est posée à l'administration qui poursuit et finalement aux tribunaux de l'État requérant, en l'espèce les États-Unis. De même, les fonctionnaires du Département d'État des États-Unis doivent conclure que l'acte reproché s'inscrit dans le cadre du traité selon le droit de ce pays. Ils ne connaissent pas bien nos lois. L'État requis voudra naturellement surveiller le traité pour s'assurer que ses obligations sont engagées et, à

requesting state is required by the treaty to supply documentation enabling the requested state to do so.

As noted in the passage just cited, there is a role for Canada in monitoring compliance with that treaty, but that role is not one for the courts. It is one for the executive as *McVey* makes clear, at p. 551:

> The issue of whether the act charged was a crime under United States law was for the prosecutors in the United States to decide, and it was for them and the U.S. State Department to assess whether in their view it came within the treaty, subject to monitoring by Canada pursuant to the treaty. The monitoring task has not, for good reason, been assigned to the extradition judge, so it remains with the executive. [Emphasis added.]

Support for this approach may also be found in *Sinclair v. Director of Public Prosecutions*, [1991] 2 All E.R. 366 (H.L.), at pp. 383-84, where Lord Ackner in examining the respective roles of the extradition judge and the executive in giving effect to the treaty discussed the recent cases, including *Schtraks v. Government of Israel*, [1964] A.C. 556, at p. 579, where the extradition judge relied on the executive's view of what constituted the "territory" of the requesting state, and concluded, at p. 384: "Mr. Jones [the counsel for the prosecution] is thus supported in his contention that monitoring the provisions of the treaty is an executive, and not a magisterial, function" (emphasis added).

This approach is entirely consistent with the terms of the Treaty. Thus Art. 3(3) specifies the executive as the authority to consider the jurisdiction of the requesting state over crimes committed outside its territory. It reads:

ARTICLE 3

. . .

(3) When the offense for which extradition has been requested has been committed outside the territory of the requesting State, the executive or other appropriate

cette fin, l'État requérant est tenu par le traité de fournir la documentation qui permettra à l'État requis de le faire.

Tel que mentionné dans le passage que je viens de citer, le Canada a un rôle de surveillance à jouer en matière d'observation de ce traité, mais il n'appartient pas aux tribunaux de jouer ce rôle. Un tel rôle relève du pouvoir exécutif, comme l'arrêt *McVey* le précise, à la p. 551:

> Il incombait aux poursuivants aux États-Unis de trancher la question de savoir si l'acte reproché était un crime en droit américain et il leur incombait ainsi qu'au Département d'État de déterminer si, à leur avis, il était visé par le traité, sous réserve de la surveillance exercée par le Canada aux termes du traité. Puisque le travail de surveillance n'a pas, pour de bonnes raisons, été confié au juge d'extradition, il relève donc de l'exécutif. [Je souligne.]

Ce point de vue trouve également appui dans l'arrêt *Sinclair c. Director of Public Prosecutions*, [1991] 2 All E.R. 366 (H.L.), aux pp. 383 et 384, où en examinant les rôles respectifs du juge d'extradition et du pouvoir exécutif dans la mise en œuvre du traité, lord Ackner a étudié la jurisprudence récente, dont *Schtraks c. Government of Israel*, [1964] A.C. 556, à la p. 579, où le juge d'extradition s'est fondé sur la perception que l'exécutif avait de ce qui constituait le «territoire» de l'État requérant, pour conclure, à la p. 384: [TRADUCTION] «Me Jones [le procureur de la poursuite] voit donc étayée sa prétention selon laquelle le contrôle des dispositions du traité relève du pouvoir exécutif et non de la compétence du juge» (je souligne).

Ce point de vue est tout à fait compatible avec les conditions du Traité. Ainsi le par. 3(3) précise que c'est le pouvoir exécutif qui est habilité à examiner la compétence de l'État requérant sur les crimes commis à l'extérieur de son territoire. Il est ainsi rédigé:

ARTICLE 3

. . .

(3) Lorsque l'infraction pour laquelle l'extradition a été demandée a été commise hors du territoire de l'État requérant, l'exécutif ou toute autre autorité compétente

authority of the requested State shall have the power to grant the extradition if the laws of the requested State provide for jurisdiction over such an offense committed in similar circumstances.

The power set forth in this provision can be assigned to other appropriate bodies, but there is no provision giving the court that power in the *Extradition Act* or otherwise. In considering this matter, the extradition judge was usurping the function of the executive. I am aware, of course, that extradition judges have in the past considered whether the requesting state had jurisdiction over the offence charged, but that was at a time preceding *Sinclair* and *McVey*, *supra*, and other cases that have clarified the limited role of the extradition judge.

That is sufficient to dispose of the case. However, even assuming the extradition judge had authority under the *Extradition Act* to consider jurisdiction on the "reverse image" approach, I would come to the conclusion that the fugitive should be surrendered. For if only the specific acts committed in the United States had been committed in Canada, it would constitute a crime in Canada over which jurisdiction would be exercisable under Canadian law. The refurbishing of the plane took place in Florida, as did the agreement to do so and to fly it to Colombia to pick up drugs for delivery in Nova Scotia. That would in itself be sufficient to ground jurisdiction. Section 465(3) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, provides that a person who conspires with anyone to commit a crime outside Canada shall be deemed to have conspired to do so in Canada, and s. 465(4) provides for the converse situation. But this was by no means all the relevant overt acts. The plane took off from a point in Florida, landed at other areas in that state and in Georgia. As well, the New York City Deal was taken as a step in advancing the overall conspiracy (the Airplane Deal). All of these acts taken together are quite sufficient overt acts in the United States, even apart from what occurred in Allentown, to constitute a "real and substantial link" to the United States as described by this Court in *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178, at p. 213. In that case, the accused conducted a fraudulent telephone sales

de l'État requis a le pouvoir d'accorder l'extradition si les lois de l'État requis donnent compétence pour une telle infraction commise dans des circonstances similaires.

Le pouvoir énoncé dans cette disposition peut être attribué à d'autres organismes compétents, mais aucune disposition ne le confère aux tribunaux dans la *Loi sur l'extradition* ou ailleurs. En examinant cette question, le juge d'extradition a usurpé le rôle du pouvoir exécutif. Je suis conscient, naturellement, que les juges d'extradition ont, dans le passé, examiné si l'État requérant avait compétence sur l'infraction reprochée, mais c'était avant les arrêts *Sinclair* et *McVey*, précités, ainsi que d'autres arrêts qui sont venus clarifier le rôle restreint du juge d'extradition.

Cela suffit pour trancher l'affaire. Toutefois, même en supposant que le juge d'extradition avait, en vertu de la *Loi sur l'extradition*, le pouvoir d'examiner la question de la compétence au moyen de la méthode du «reflet», je conclurais qu'il y a lieu d'extrader le fugitif. Car, si seulement les actes précis accomplis aux États-Unis avaient été accomplis au Canada, cela constituerait au Canada un crime sur lequel la compétence pourrait s'exercer en vertu du droit canadien. Les travaux de réaménagement de l'avion ont eu lieu en Floride, tout comme l'entente conclue pour ce faire et pour conduire l'avion en Colombie afin d'y prendre livraison des stupéfiants et les transporter en Nouvelle-Écosse. Cela suffirait en soi pour donner compétence. Le paragraphe 465(3) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, prévoit que les personnes qui complotent en vue de commettre un crime dans un pays étranger sont réputées l'avoir fait en vue de le commettre au Canada, et le par. 465(4) prévoit la situation inverse. Mais il ne s'agissait absolument pas là de tous les actes manifestes pertinents. L'avion a décollé d'un endroit en Floride, a atterri à d'autres endroits dans cet État et en Géorgie. De même, l'affaire de New York était considérée comme une étape en vue de réaliser le complot global (l'affaire de l'avion). Tous ces actes pris ensemble constituent des actes manifestes tout à fait suffisants aux États-Unis, même si on fait abstraction de ce qui est survenu à Allentown, pour constituer un «lien réel et important» avec les

solicitation scheme in Toronto from which United States residents were called with a view to defraud them by selling them stocks in a Costa Rica company, for which the purchase price was paid either in the United States or Costa Rica. This Court held that there were sufficient connections to permit prosecution in Canada. As is earlier indicated, the extradition judge would have come to the same conclusion had he not focussed wholly on the activities in Allentown, a matter related, as I have indicated earlier, more to the jurisdiction of the particular court (a matter *par excellence* of United States law) than to the territorial jurisdiction of the United States. Indeed this amounted to an interpretation of the indictment, also a matter of United States law.

I should add that perhaps more significance should be attached to what occurred in Allentown than the judge gave it. The landing in Allentown was, we saw, described as an "unscheduled stop", but there is some evidence that the landing might have been intended to serve the purpose of refuelling. Apart from this, in conspiring to fly drugs from Colombia to Nova Scotia, it must have been intended that the necessary steps be taken, including making stopovers if need be. In considering this stopover, it should not be overlooked that the taking of the drugs into Allentown would constitute the offence of possessing illicit drugs there. In considering this matter, it is well to take cognizance of the real nature of drug trafficking and other transnational crimes. The following sentiments expressed by Lord Griffiths in *Liangsiriprasert v. United States Government*, [1990] 2 All E.R. 866 (P.C.), at p. 878, are apt here:

> Unfortunately in this century crime has ceased to be largely local in origin and effect. Crime is now established on an international scale and the common law must face this new reality. Their Lordships can find nothing in precedent, comity or good sense that should

États-Unis comme l'a décrit notre Cour dans l'arrêt *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178, à la p. 213. Dans cette affaire, l'accusé dirigeait, à Toronto, un système frauduleux de sollicitation par téléphone par lequel on communiquait avec des résidants des États-Unis dans le but de les frauder en leur vendant des actions d'une compagnie du Costa Rica, dont le prix d'achat était versé soit aux États-Unis, soit au Costa Rica. Notre Cour a jugé qu'il existait des liens suffisants pour permettre des poursuites au Canada. Tel que déjà mentionné, le juge d'extradition serait arrivé à la même conclusion s'il ne s'était pas concentré entièrement sur les activités survenues à Allentown, une question qui se rapportait davantage, comme je l'ai déjà indiqué, à la compétence du tribunal en cause (une question par excellence de droit américain) qu'à la compétence territoriale des États-Unis. En effet, cela équivalait à une interprétation de l'acte d'accusation, qui constituait également une question de droit américain.

J'ajouterais qu'il faudrait peut-être attacher plus d'importance à ce qui s'est produit à Allentown que le juge ne l'a fait. Comme nous l'avons vu, l'atterrissage à Allentown a été qualifié d'«escale imprévue», mais certains éléments de preuve indiquent que l'atterrissage pourrait avoir eu pour but de faire le plein. Hormis cela, en complotant de transporter par avion des stupéfiants de la Colombie en Nouvelle-Écosse, on a dû vouloir prendre les mesures nécessaires pour y arriver, et notamment effectuer des escales au besoin. En considérant cette escale, il ne faudrait pas oublier que le fait d'amener les stupéfiants à Allentown constituerait l'infraction de possession de stupéfiants illicites à cet endroit. Dans l'examen de cette question, on fait bien de prendre connaissance de la véritable nature du trafic de stupéfiants et d'autres crimes transnationaux. Les sentiments suivants exprimés par lord Griffiths dans *Liangsiriprasert c. United States Government*, [1990] 2 All E.R. 866 (C.P.), à la p. 878, sont pertinents en l'espèce:

> [TRADUCTION] Malheureusement, au cours du présent siècle, le crime a cessé d'avoir une origine et un effet purement locaux. Il existe maintenant à l'échelle internationale et la common law doit faire face à cette réalité. Leurs Seigneuries ne peuvent rien trouver dans les pré-

inhibit the common law from regarding as justiciable in England inchoate crimes committed abroad which are intended to result in the commission of criminal offences in England.

To conclude, I am of the view that the judge should not have considered the issue of territoriality or jurisdiction at all. That is a matter for the executive, as contemplated by the Treaty. There is nothing in the *Extradition Act* that gives the extradition judge any power to deal with the matter, his sole authority being to consider whether there is sufficient evidence (which he held there was here) to constitute the crime if it had been committed in Canada. Even if the judge were vested with the authority, the facts of this case amply fulfil the requirement of real and substantial connection under the test set forth in *Libman*.

These reasons, in my view, fully support the judgment given at the conclusion of the hearing in this Court, namely: "The appeal is allowed. The order discharging the respondent is set aside and the matter is remitted to the extradition judge with a direction to commit the respondent."

The reasons of Sopinka and Iacobucci JJ. were delivered by

SOPINKA J. — I agree with the conclusion of my colleague, Justice La Forest, that the appeal should be allowed and an order of committal issued. I would do so solely on the ground that the extradition judge ought to have found that if the situation were reversed and the conduct which occurred in the United States occurred in Canada, there would be a real and substantial connection to Canada so as to found jurisdiction over the offence. My colleague and I are not in disagreement that this is a determination that must be made, but only as to who should make it. My colleague says that it should be the executive, while I am of the opinion that this is a question of mixed law and fact which is part and parcel of the determination that an extradition judge must make under the *Extradition Act*, R.S.C., 1985, c. E-23 (the "Act") that a *prima*

cédents, la courtoisie et le bon sens qui devrait interdire à la common law de considérer comme pouvant donner lieu à des poursuites en Angleterre des crimes incomplets commis à l'étranger qui visaient la perpétration d'infractions criminelles en Angleterre.

En conclusion, je suis d'avis que le juge n'aurait absolument pas dû examiner la question de la territorialité ou de la compétence. C'est une question qui relève du pouvoir exécutif, tel que prévu dans le Traité. Rien dans la *Loi sur l'extradition* ne confère au juge d'extradition le pouvoir de trancher cette question, celui-ci n'ayant que le pouvoir d'examiner s'il aurait existé des éléments de preuve suffisants (ce qu'il a jugé être le cas en l'espèce) pour constituer le crime si celui-ci avait été commis au Canada. Même si le juge était investi de ce pouvoir, les faits de la présente affaire satisfont amplement à l'exigence de l'existence d'un lien réel et important en vertu du critère énoncé dans l'arrêt *Libman*.

Les présents motifs, à mon avis, étayent pleinement le jugement rendu à la fin de l'audition devant notre Cour, selon lequel le pourvoi est accueilli, l'ordonnance de libération de l'intimé est annulée et l'affaire est renvoyée au juge d'extradition avec la directive d'incarcérer l'intimé.

Version française des motifs des juges Sopinka et Iacobucci rendus par

LE JUGE SOPINKA — Je suis d'accord avec la conclusion de mon collègue le juge La Forest, selon laquelle il y a lieu d'accueillir le pourvoi et de rendre une ordonnance d'incarcération. Je le suis pour le seul motif que le juge d'extradition aurait dû conclure que, si la situation était inversée et que la conduite survenue aux États-Unis survenait au Canada, il y aurait avec le Canada un lien réel et important propre à lui conférer compétence relativement à l'infraction reprochée. Mon collègue et moi sommes en désaccord non pas sur le fait que c'est une décision qui doit être prise, mais sur la question de savoir par qui elle devrait l'être. Mon collègue affirme que ce devrait être le pouvoir exécutif, tandis que je suis d'avis que c'est une question mixte de droit et de fait qui fait partie intégrante de la décision qu'un juge d'extradition

facie case has been made out that, if the crime were committed in Canada, a committal for trial would be justified.

I stress at the outset that there is nothing in the reasons of the majority in *McVey (Re); McVey v. United States of America*, [1992] 3 S.C.R. 475, that resolves this issue. That case decided that the decision by the extradition judge was "conduct based" in that the judge was not empowered to consider foreign law so as to determine whether the conduct was an offence in the requesting state. It followed that it was not part of the judge's function to determine whether the offence was listed in the Treaty under its foreign label. At page 526, La Forest J. described the resulting function of the extradition judge as follows:

> That function is to determine whether there is sufficient evidence that a fugitive accused has committed an act in the requesting state that would, if committed in Canada, constitute a Canadian crime listed or described in the treaty.

A review of the Treaty (*Extradition Treaty Between Canada and the United States of America*, Can. T.S. 1976 No. 3) and the Act supports the conclusion that this is a matter which is appropriately resolved in a judicial proceeding rather than by executive fiat. Moreover, there are strong policy reasons in favour of this position. Furthermore, as my colleague points out, the practice in Canada has been for the extradition judge to consider jurisdiction over the offence. I respectfully disagree that there is any justification for a change in this practice by reason of the decisions in *Sinclair v. Director of Public Prosecutions*, [1991] 2 All E.R. 366 (H.L.), or *McVey*, *supra*.

With the exception of Art. 4(1)(iii) dealing with offences of a political nature, the Treaty does not specify by whom extradition issues are to be determined. Rather, this is left to the laws of the contracting states. Thus, Art. 8 provides:

doit prendre, en vertu de la *Loi sur l'extradition*, L.R.C. (1985), ch. E-23 (la «Loi»), quant à savoir s'il existe une preuve *prima facie* qui justifierait la citation à procès si le crime avait été commis au Canada.

Je ferai d'abord remarquer que rien ne règle cette question dans les motifs de la Cour à la majorité dans *McVey (Re); McVey c. États-Unis d'Amérique*, [1992] 3 R.C.S. 475. Dans cette affaire, on a jugé que la décision du juge d'extradition était «fondée sur la conduite», en ce sens que le juge n'avait pas le pouvoir de tenir compte du droit étranger pour déterminer si la conduite constituait une infraction dans l'État requérant. Il s'ensuivait qu'il n'appartenait pas au juge de déterminer si l'infraction était inscrite sous son appellation étrangère dans le Traité. À la page 526, le juge La Forest décrit ainsi la fonction du juge d'extradition:

> Cette fonction consiste à déterminer s'il y a suffisamment de preuve qu'un fugitif accusé a commis un acte dans l'État requérant qui, s'il avait été commis au Canada, constituerait un crime inscrit ou décrit dans le traité.

Un examen du Traité (*Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, R.T. Can. 1976 nº 3) et de la Loi permet de conclure que c'est une question qu'il convient de trancher dans le cadre d'une procédure judiciaire plutôt qu'au moyen d'un décret du pouvoir exécutif. De plus, cette position est appuyée par de solides raisons de principe. En outre, comme le souligne mon collègue, la pratique au Canada veut que ce soit le juge d'extradition qui examine la question de la compétence relative à l'infraction reprochée. En toute déférence, je ne suis pas d'accord pour dire que ni l'arrêt *Sinclair c. Director of Public Prosecutions*, [1991] 2 All E.R. 366 (H.L.), ni l'arrêt *McVey*, précité, ne justifie de modifier cette pratique.

Sauf en ce qui concerne le sous-al. 4(iii) qui traite des infractions de nature politique, le Traité ne précise pas qui doit trancher les questions d'extradition. Cela relève plutôt du droit des États contractants. C'est ainsi que l'art. 8 prévoit:

ARTICLE 8

The determination that extradition should or should not be granted shall be made in accordance with the law of the requested State and the person whose extradition is sought shall have the right to use all remedies and recourses provided by such law.

While Art. 1 restricts extradition to those who have been convicted or are charged with an offence committed within the respective territories of the parties, and Art. 10 specifies that extradition is only to be granted if under the laws of the requested state the fugitive would be committed for trial, determination of these matters is left to the laws of the requested state. Article 3(3), to which my colleague refers, does not, as suggested, specify that it is the executive that must decide the issue in question. I reproduce the sub-article for ease of reference:

ARTICLE 3

. . .

(3) When the offense for which extradition has been requested has been committed outside the territory of the requesting State, the executive or other appropriate authority of the requested State shall have the power to grant the extradition if the laws of the requested State provide for jurisdiction over such an offense committed in similar circumstances. [Emphasis added.]

The underlined words make it clear that, in keeping with the general tenor of the Treaty, it is left to the domestic law of the requested state to determine whether the executive or other appropriate authority is to make this decision. During oral argument, counsel for the appellant conceded that if this Court were to determine that an extradition judge had the authority to consider the issue of jurisdiction, then he or she would "certainly be the other appropriate authority" pursuant to Art. 3(3). The Treaty is, therefore, neutral on the issue before us, although what is clear is that, whoever is the decision-maker, the "mirror image" approach is to be adopted. Accordingly, the decision-maker must consider whether in similar circumstances under Canadian law our courts would assume jurisdiction over the offence. This mixed question of law and fact would require the decision-maker to consider

ARTICLE 8

La décision d'accorder ou de refuser l'extradition doit être prise conformément à la loi de l'État requis et l'individu dont l'extradition est demandée aura droit à tous les recours prévus par ladite loi.

Bien que l'art. 1 restreigne l'extradition à ceux qui ont été déclarés coupables ou qui sont accusés d'une infraction commise sur les territoires respectifs des parties et que l'art. 10 précise que l'extradition ne doit être accordée que si, aux termes du droit de l'État requis, le fugitif serait mis en jugement, la réponse à ces questions relève du droit de l'État requis. Le paragraphe 3(3), que mentionne mon collègue, ne précise pas, comme on le laisse entendre, que c'est le pouvoir exécutif qui doit trancher la question en cause. Je reproduis ce paragraphe pour plus de commodité:

ARTICLE 3

. . .

(3) Lorsque l'infraction pour laquelle l'extradition a été demandée a été commise hors du territoire de l'État requérant, l'exécutif ou toute autre autorité compétente de l'État requis a le pouvoir d'accorder l'extradition si les lois de l'État requis donnent compétence pour une telle infraction commise dans des circonstances similaires. [Je souligne.]

Les mots soulignés viennent préciser que, conformément à la teneur générale du Traité, la réponse à la question de savoir si c'est le pouvoir exécutif ou une autre autorité compétente qui doit prendre cette décision relève du droit interne de l'État requis. Durant la plaidoirie, l'avocat de l'appelant a reconnu que, si notre Cour devait décider que le juge d'extradition avait le pouvoir d'examiner la question de la compétence, il constituerait [TRADUCTION] «certainement l'autre autorité compétente» au sens du par. 3(3). Le Traité est donc neutre quant à la question dont nous sommes saisis, même s'il est clair que, quel que soit le décideur, il faut adopter la méthode du «reflet». Par conséquent, le décideur doit examiner si, dans des circonstances similaires sous le régime du droit canadien, nos tribunaux se déclareraient compétents relativement à l'infraction reprochée. Cette ques-

the evidence as to where the acts took place, make findings in that regard and apply the law of Canada which would include s. 6(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and cases of which the most recent is *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178.

Turning to the Act, there is only one specific provision that confers a power on the executive and that is s. 22 which confers a discretion to refuse extradition for political crimes. Nonetheless, the enforcement of Treaty obligations is left to the parties to the Treaty unless under domestic law an appropriate authority is designated. In my opinion, ss. 13 and 18(1)(*b*) of the Act considered in the context of the Act as a whole, are a sufficient designation to constitute the extradition judge the appropriate authority to decide this question. Section 13 directs that when a fugitive is brought before a judge the case is to be dealt with, as nearly as possible, "as if the fugitive was brought before a justice of the peace, charged with an indictable offence". Our Court has held that this provision, in combination with other provisions of the Act, determines the standard of proof at a preliminary hearing. See *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067. Section 18(1)(*b*) goes on to provide that the judge is to issue a committal order if "such evidence is produced as would, according to the law of Canada . . . justify the committal of the fugitive for trial, if the crime had been committed in Canada". In considering whether a crime has been committed in Canada, a judge at a preliminary hearing would, in any case with transnational aspects, consider whether the crime was committed outside of Canada and beyond the jurisdiction of the court by virtue of s. 6(2) of the *Criminal Code*. *Libman* has interpreted this provision to mean that there must be a real and substantial connection to Canada of the alleged acts constituting the offence in order to give jurisdiction to a Canadian court.

The extradition judge, therefore, would appear to be the forum that is eminently suited to determine the issue mandated by Art. 3(3) of the Treaty. The alternative is to relegate its determination to

tion mixte de droit et de fait exigerait que le décideur examine la preuve relative à l'endroit où les actes ont été accomplis, tire des conclusions à cet égard et applique le droit canadien qui comprendrait le par. 6(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et des décisions dont la plus récente est *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178.

Quant à la Loi, il y a seulement une disposition précise qui confère un pouvoir à l'exécutif, et c'est l'art. 22 qui confère le pouvoir discrétionnaire de refuser l'extradition pour des crimes politiques. Néanmoins, l'exécution des obligations du Traité est laissée aux parties à ce traité à moins qu'une autorité compétente ne soit désignée en vertu du droit interne. À mon avis, l'art. 13 et l'al. 18(1)*b*), pris dans le contexte général de la Loi, sont suffisamment précis pour faire du juge d'extradition l'autorité compétente pour trancher cette question. L'article 13 prévoit que, lorsqu'un fugitif comparaît devant un juge, l'audition doit se dérouler, dans la mesure du possible, «comme s'il comparaissait devant un juge de paix pour un acte criminel». Notre Cour a statué que cette disposition, conjuguée à d'autres dispositions de la Loi, établit la norme de preuve applicable à une enquête préliminaire. Voir *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067. L'alinéa 18(1)*b*) prévoit ensuite que le juge doit rendre une ordonnance d'incarcération lorsque «les éléments de preuve produits justifieraient en droit canadien [. . .] sa citation à procès si le crime avait été commis au Canada». Pour examiner si un crime a été commis au Canada, le juge qui préside une enquête préliminaire examinerait, dans toute affaire comportant des aspects transnationaux, si le crime a été commis à l'étranger et en dehors du ressort du tribunal au sens du par. 6(2) du *Code criminel*. Dans l'arrêt *Libman*, on a interprété cette disposition comme signifiant qu'il doit exister un lien réel et important entre le Canada et les actes reprochés qui constituent l'infraction, pour donner compétence à un tribunal canadien.

Le juge d'extradition semblerait donc être celui qui convient parfaitement pour trancher la question visée au par. 3(3) du Traité. L'autre solution consiste à confier au pouvoir exécutif le soin de la

the executive in some unspecified proceeding for which no provision is made either in the Treaty or the Act. Presumably, in order to determine a mixed question of law and fact, some kind of a hearing would have to be held in order to comply with the rules of fairness and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. No provision is made for such a hearing and its nature and form would have to be judicially invented. This would mean that there would be two hearings instead of one and an issue that is conveniently dealt with in one proceeding would be bifurcated.

There are other valid reasons to support the interpretation of the Act that would leave this question to the decision of a judge rather than the executive. First, this approach is more consistent with the scheme of distribution of the respective functions of the executive and the judiciary embodied in the Act. Second, this approach respects the rights of the individual, a purpose that was recognized as an important one by our Court and which weighed heavily in justifying extradition as a reasonable limit on the *Charter* right to remain in Canada set out in s. 6(1) thereof.

In *McVey*, La Forest J. explained the rationale underlying the allocation of functions in the Act. At page 519, he stated:

> In essence, the treaty obligations are of a political character to be dealt with in the absence of statute by the political authorities. However, as Laskin J. noted in *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1975] 1 S.C.R. 228, at p. 245, the liberty of the individual has not been forgotten in these rather special proceedings. The treaties, sensitive to the liberty of the individual, contain provisions for their protection. Most important is the requirement that there be *prima facie* evidence that the act charged would constitute a crime in Canada. This specific matter, about which judges are most competent, is the task assigned to a judge by the *Extradition Act*. . . . Barring statutory provision, the task of dealing with international treaty obligations is for the political authorities, and is performed by the Ministers and departments in the course of fulfilling their appropriate mandates. The *Extradition Act*, of course, gives the Minister of Justice authority respecting the surrender of a fugitive; see ss. 20 — 22 and 25. The treaty terms are aimed at the obligations of the parties and not the inter-

trancher dans le cadre de quelque procédure imprécise dont ne traite aucune disposition du Traité ou de la Loi. Pour trancher une question mixte de droit et de fait, il faudrait probablement tenir une certaine forme d'audience pour se conformer aux règles d'équité et à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Aucune disposition ne prévoit une telle audience et les tribunaux devraient en déterminer la nature et la forme. Cela signifierait qu'il y aurait deux audiences au lieu d'une et qu'une question qui est normalement tranchée dans le cadre d'une seule procédure serait scindée en deux.

Il existe d'autres raisons valables d'appuyer l'interprétation de la Loi qui laisserait le soin de trancher cette question à un juge plutôt qu'au pouvoir exécutif. Premièrement, cette interprétation est plus compatible avec le régime de répartition des fonctions respectives du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire, établi dans la Loi. Deuxièmement, cette interprétation respecte les droits de l'individu, un but dont notre Cour a reconnu l'importance et qui a pesé lourd dans la justification de l'extradition comme restriction raisonnable du droit de demeurer au Canada garanti par le par. 6(1) de la *Charte*.

Dans l'arrêt *McVey*, le juge La Forest a expliqué le raisonnement qui sous-tend l'attribution des fonctions dans la Loi. Il déclare, à la p. 519:

> Essentiellement, les obligations qui découlent du traité ont un caractère politique et doivent être traitées par les autorités politiques en l'absence de loi. Toutefois, comme le juge Laskin le fait remarquer dans l'arrêt *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228, à la p. 245, la liberté de la personne n'a pas été oubliée dans ces procédures spéciales. Les traités, qui tiennent compte des droits à la liberté des personnes, comportent des dispositions pour leur protection. Le plus important est l'exigence qu'il y ait une preuve *prima facie* que l'acte reproché constituerait un crime au Canada. Cette question précise, à l'égard de laquelle les juges sont les plus compétents, est la tâche que la *Loi sur l'extradition* confie à un juge. [. . .] Sauf disposition législative, l'exécution des obligations découlant des traités internationaux est une tâche qui incombe aux autorités politiques et qui est exécutée par les ministres et les ministères dans le cadre de leurs mandats respectifs. La *Loi sur l'extradition*, il va sans dire, confère au ministre de la Justice la compétence pour la remise d'un

nal procedures by which these are to be carried into effect. [Emphasis added.]

In assessing the content of the proceedings before the extradition judge designed for the protection of the individual, it seems unusual to excise a part which is the daily fare of a provincial court judge presiding over a preliminary hearing and which, until recently, was dealt with by extradition judges. It is surely a matter in respect of which judges are especially competent and for which the executive is ill-equipped. Indeed, it has been forcefully argued that it is to judges that we should look for protection against the excessive exercise of jurisdiction by foreign states. In *La Forest's Extradition to and from Canada* (3rd ed. 1991), at pp. 55-56, the learned author, Anne La Forest, states:

> Before the extradition of an accused fugitive will be granted, the act charged must have been committed within the jurisdiction of the demanding country. In practice, this usually means its territory, which is of course by far the most common basis of criminal jurisdiction. States are only interested in prohibiting acts abroad to the extent that they affect matters within their own territory. Further, states are reluctant to interfere with matters that more naturally fall within the territory of another state. Probably because of this, some extradition treaties, including the most recent ones, provide for the surrender of fugitives who have committed crimes within the "territory" of the demanding state. Others, however, do speak of "jurisdiction". Whether this makes any difference is not entirely clear. . . . Moreover, the courts, as part of the territoriality principle, will hold acts having a real and substantial connection with a state as having been committed there even though the conduct itself may have been committed outside its territory. . . . Courts in the requested state could possibly act against excessive exercises of jurisdiction by other states in various ways; for example, by holding that the acts complained of would not be a crime in the requested state, and so not be an extradition crime. [Emphasis added; footnotes omitted.]

Finally, on this point, I observe that there is no concern here that judges will become embroiled in the lengthy and murky issue of deciding foreign

fugitif; voir les art. 20 à 22 et 25. Les conditions du traité visent les obligations des parties et non les procédures internes de mise en œuvre. [Je souligne.]

Pour évaluer la teneur des procédures devant le juge d'extradition, qui sont conçues pour protéger l'individu, il semble inhabituel de supprimer un rôle qui est le lot quotidien d'un juge de cour provinciale présidant une enquête préliminaire et qui, jusqu'à tout récemment, était rempli par des juges d'extradition. C'est sûrement un sujet à l'égard duquel les juges sont particulièrement compétents et pour lequel le pouvoir exécutif est mal préparé. En fait, on a soutenu énergiquement que c'est vers les juges que nous devrions nous tourner pour être protégés contre les exercices abusifs de compétence des États étrangers. Dans *La Forest's Extradition to and from Canada* (3e éd. 1991), Anne La Forest affirme, aux pp. 55 et 56:

> [TRADUCTION] Pour que soit accordée l'extradition d'un fugitif accusé, l'acte reproché doit avoir été accompli dans le ressort du pays requérant. En pratique, cela signifie habituellement son territoire, qui est de loin, bien entendu, le fondement le plus commun de sa compétence en matière criminelle. Les États sont intéressés à interdire des actes accomplis à l'étranger dans la mesure seulement où ceux-ci ont des répercussions à l'intérieur de leur propre territoire. De plus, les États hésitent à intervenir dans les affaires qui relèvent plus naturellement du territoire d'un autre État. C'est probablement à cause de cela que certains traités d'extradition, dont les plus récents, prévoient la remise des fugitifs qui ont commis des crimes sur le «territoire» de l'État requérant. D'autres, cependant, parlent de «ressort». Il n'est pas tout à fait clair que cela fasse une différence. [. . .] En outre, les tribunaux, qui sont visés par le principe de la territorialité, considéreront les actes qui ont un lien réel et important avec un État comme y ayant été commis, même si la conduite elle-même peut avoir été adoptée en dehors de son territoire. [. . .] Les tribunaux de l'État requis pourraient peut-être réagir de diverses façons aux exercices abusifs de compétence d'autres États; par exemple, en considérant que les actes reprochés ne constitueraient pas un crime dans l'État requis et ne constitueraient donc pas un crime donnant lieu à l'extradition. [Je souligne; renvois omis.]

Enfin, je remarque sur ce point que l'on ne s'inquiète pas de ce que les juges se laissent entraîner dans la question longue et obscure de la détermina-

law which was thought to be a problem by the majority in *McVey*.

For many years, this Court has stressed that the scheme of the Act demonstrates a special concern for individual liberty as against foreign claims for surrender. In *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1975] 1 S.C.R. 228, Laskin J. (as he then was) stated, at p. 245:

> I have referred to the scheme of the Act (and it is the same scheme that we have had for some one hundred years) in order to emphasize the special character of extradition proceedings and the concern shown for the liberty of persons in Canada as against foreign claims for their surrender, supported by provisions for *habeas corpus* in favour of the fugitive and without rights of appeal or review otherwise.

This theme was picked up by La Forest J. in *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500. Speaking for the majority, which included Dickson C.J. and Beetz, McIntyre and Le Dain JJ., he stated, at p. 515:

> However, as Laskin J. (as he then was) noted in *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez* . . . concern for the liberty of the individual has not been overlooked in these rather special proceedings. That is why provision is made in the treaties and in the *Extradition Act* to ensure that, before the discretion to surrender can be exercised, a judicial hearing must be held for the purpose of determining whether there is such evidence of the crime alleged to have been committed in the foreign country as would, according to the law of Canada, justify his or her committal for trial if it had been committed here. If so, the judge commits the fugitive for surrender, and the executive may then exercise its discretion to surrender; if not, he or she is discharged (s. 18 of the Act). The hearing is similar to a preliminary hearing, the presiding judge being ordained by s. 13 of the Act to hear the case in the same manner, "as nearly as may be", as at a preliminary hearing for a crime committed in this country.

The existence of these provisions for the protection of the liberty of the individual was a substantial factor in the decision of the majority in

tion de l'état du droit étranger, que la Cour à la majorité, dans l'arrêt *McVey*, a considérée comme un problème.

Depuis nombre d'années, notre Cour souligne que l'économie de la Loi traduit un intérêt spécial pour la liberté de l'individu vis-à-vis des demandes d'extradition par des États étrangers. Dans l'arrêt *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228, le juge Laskin (plus tard Juge en chef) déclare, à la p. 245:

> Je me suis reporté à l'économie de la Loi (et elle n'a pas changé depuis quelque cent ans) afin de souligner le caractère spécial qu'on reconnaît aux procédures d'extradition et l'intérêt qu'on manifeste pour la liberté des personnes au Canada vis-à-vis de demandes étrangères en vue de leur extradition, avec le soutien de dispositions prévoyant l'*habeas corpus* en faveur du fugitif et sans prévoir de droits d'appel ou d'examen à part ça.

Le juge La Forest a repris ce sujet dans l'arrêt *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500. Il a affirmé au nom de la majorité constituée notamment du juge en chef Dickson et des juges Beetz, McIntyre et Le Dain (à la p. 515):

> Toutefois, comme l'a souligné le juge en chef Laskin (alors juge puîné) dans l'arrêt *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez* [. . .], le souci de la liberté de l'individu n'a pas été négligé dans ces procédures assez spéciales. C'est pourquoi les traités et la *Loi sur l'extradition* contiennent des dispositions portant que, préalablement à l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'extrader, une enquête judiciaire doit être tenue afin de déterminer s'il existe une preuve suffisante du crime qui aurait été commis dans le pays étranger pour justifier, selon le droit du Canada, le renvoi au procès dans l'hypothèse où le crime aurait été commis ici. Si cette preuve existe, le juge ordonne que le fugitif soit détenu en vue de son extradition et l'exécutif peut alors exercer son pouvoir discrétionnaire d'extrader; à défaut d'une telle preuve, le fugitif est élargi (art. 18 de la Loi). L'audience ressemble à une enquête préliminaire en ce sens que l'art. 13 de la Loi autorise le juge qui préside à entendre la cause de la même manière, «autant que possible», que cela se ferait à une enquête préliminaire relative à un crime perpétré au Canada.

L'existence de ces dispositions visant la protection de la liberté de l'individu a joué un rôle important dans la décision de la Cour à la majorité

upholding the constitutional validity of the Act in *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469. Dealing with the issue of proportionality, La Forest J. concluded that the right to remain in Canada guaranteed by s. 6(1) of the *Charter* was infringed "as little as reasonably possible". In coming to this conclusion he stated, at p. 1490:

Furthermore, as is indicated in *Canada v. Schmidt*, *supra*, extradition practices have been tailored as much as possible for the protection of the liberty of the individual. It accords the same kinds of rights (though in a necessarily attenuated form) as are afforded to an accused under ss. 7 and 11 of the *Charter*. [Emphasis added.]

Furthermore, in answer to the argument of counsel for the appellant El Zein that too much discretion was given to the executive, La Forest J. stated, at pp. 1499-1500:

There is, it is true, some discretion in the federal government under the treaties to refuse surrender, for example, where the crime is one of a political character. There may, as well, be cases where the government, for high political purposes or for the protection of an accused, may be prepared not to conform with a treaty. But this executive discretion would rarely be exercised and is impossible to define in the abstract. That is scarcely surprising. The extradition process is not arbitrary, unfair or based on irrational considerations. As was noted in *Canada v. Schmidt*, *supra*, at p. 515, the procedure is tailored with an eye to the liberty of the individual. [Emphasis added.]

I am concerned that having sustained the Act on this basis we must be careful not to chip away at what was stressed as the principal protection for the liberty of the individual, namely, a judicial hearing with respect to issues that impinge on those rights involving questions of mixed law and fact of the kind that are best decided by a judge. It seems inconsistent with the approach to the interpretation of the Act propounded in *Cotroni* stressing the importance of the hearing to the rights of the individual and then to proceed to interpret the content of that hearing as ever-increasingly "modest".

de confirmer la constitutionnalité de la Loi dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469. En traitant de la question de la proportionnalité, le juge La Forest a conclu que le droit de demeurer au Canada, garanti par le par. 6(1) de la *Charte*, a été violé «le moins qu'il est raisonnablement possible de le faire». En tirant cette conclusion, il affirme, à la p. 1490:

En outre, comme on l'indique dans l'arrêt *Canada v. Schmidt*, précité, les pratiques d'extradition ont été façonnées autant que possible pour la protection de la liberté de l'individu. Elle accorde les mêmes genres de droits (quoique sous une forme nécessairement atténuée) que ceux accordés à un accusé en vertu des art. 7 et 11 de la *Charte*. [Je souligne.]

De plus, le juge La Forest répond ainsi à l'argument de l'avocat de l'appelant El Zein, voulant que l'on ait accordé un trop grand pouvoir discrétionnaire à l'exécutif (aux pp. 1499 et 1500):

Il est vrai qu'en vertu des traités le gouvernement fédéral possède un certain pouvoir discrétionnaire de refuser l'extradition, par exemple, lorsque le crime est de caractère politique. Il peut également arriver que le gouvernement, pour des fins politiques supérieures ou pour la protection d'un accusé, soit disposé à ne pas respecter un traité. Mais ce pouvoir discrétionnaire de l'exécutif est rarement exercé et il est impossible de le définir dans l'abstrait. Cela n'est guère surprenant. Le processus d'extradition n'est ni arbitraire, ni injuste, ni fondé sur des considérations irrationnelles. Comme on l'a noté dans l'arrêt *Canada c. Schmidt*, à la p. 515, la procédure traduit un souci de la liberté de l'individu. [Je souligne.]

Je crains qu'après avoir maintenu la Loi pour ce motif nous devions veiller à ne pas éroder la portée de ce qui, a-t-on insisté, constitue la principale protection de la liberté de l'individu, savoir une audience judiciaire relative aux questions empiétant sur les droits qui soulèvent des questions mixtes de droit et de fait du genre de celles qu'un juge est le plus à même de trancher. Il semble incompatible, avec la méthode d'interprétation de la Loi qui est préconisée dans l'arrêt *Cotroni*, d'insister sur l'importance de l'audience pour la protection des droits de l'individu, pour ensuite interpréter la teneur de cette audience comme étant toujours plus «modeste».

My colleague finds some support for his approach in *Sinclair v. Director of Public Prosecutions*, *supra*, which in turn relied on *Schtraks v. Government of Israel*, [1964] A.C. 556. I make two observations. First, neither of these cases addresses the issue in this case. Second, to the extent that the language in the cases supports a narrowing of the judicial role and expansion of that of the executive, it cannot be transplanted to Canada where the provisions of our Act are designed to protect "as much as possible" the rights of the individual which are guaranteed by a charter of rights and freedoms.

In *Sinclair*, there were two issues arising out of a request for extradition by the United States addressed to the United Kingdom and based on the Treaty between them: (i) could the magistrate order a stay of proceedings because the extradition constituted an abuse of the process; and (ii) could the magistrate decide that a time limit on extradition had lapsed. Lord Ackner decided that the first issue was beyond the jurisdiction of the magistrate. He also held that the magistrate could not consider foreign law in order to determine whether the requesting state had complied with the Treaty before submitting its request. On the other hand, he concluded that the magistrate was right in determining that relevant provisions of the Treaty did not apply. In so far as Lord Ackner relied on *Schtraks* in determining the respective roles of the executive and the judiciary, it is not readily apparent that the case addresses this point. The issue was whether Jerusalem was part of the territory of Israel within the meaning of the Treaty between the governments of Israel and the United Kingdom. The extradition magistrate relied at least in part on a letter from the Foreign Office that Her Majesty's Government recognized that Israel had *de facto* authority over Jerusalem. The issue as to whether the magistrate was correct in his determination that Jerusalem was within the territory of Israel was answered in the affirmative. There is nothing to suggest that this issue was beyond his jurisdiction or that the decision was for the executive. It is one thing for a court to rely on the executive regarding the existence of a foreign state or

Mon collègue juge que cette méthode est corroborée jusqu'à un certain point par l'arrêt *Sinclair c. Director of Public Prosecutions*, précité, qui à son tour s'appuie sur *Schtraks c. Government of Israel*, [1964] A.C. 556. Je ferai deux observations. Premièrement, aucune de ces affaires n'aborde la question qui nous intéresse ici. Deuxièmement, dans la mesure où les termes utilisés dans ces affaires viennent étayer une limitation du rôle des tribunaux et un élargissement de celui de l'exécutif, on ne peut pas les transposer au Canada où les dispositions de notre loi visent à protéger «le plus possible» les droits de l'individu qui sont garantis par une charte des droits et libertés.

Dans l'affaire *Sinclair*, il y avait deux questions qui découlaient d'une demande d'extradition présentée par les États-Unis au Royaume-Uni et fondée sur le traité qui les unissait: (i) le juge pouvait-il ordonner un arrêt des procédures parce que l'extradition constituait un abus de procédure, et (ii) le juge pouvait-il statuer que le délai d'extradition était expiré. Lord Ackner a jugé que la première question outrepassait la compétence du juge. Il a également statué que le juge ne pouvait pas examiner le droit étranger pour déterminer si l'État requérant s'était conformé au Traité avant de présenter sa demande. Par contre, il a conclu que le juge avait eu raison de décider que des dispositions pertinentes du Traité ne s'appliquaient pas. Dans la mesure où lord Ackner s'est appuyé sur l'arrêt *Schtraks* pour déterminer les rôles respectifs du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire, il n'est pas évident que l'affaire aborde ce point. La question était de savoir si Jérusalem faisait partie du territoire d'Israël au sens du traité conclu entre les gouvernements d'Israël et du Royaume-Uni. Le juge d'extradition s'est fondé au moins en partie sur une lettre émanant du Foreign Office selon laquelle le gouvernement de Sa Majesté reconnaissait que l'État d'Israël avait autorité de fait sur Jérusalem. On a répondu par l'affirmative à la question de savoir si le juge avait eu raison de déterminer que Jérusalem se trouvait sur le territoire d'Israël. Rien ne laisse supposer que cette question outrepassait sa compétence ou que la décision relevait du pouvoir exécutif. Le fait qu'un tribunal s'en remette au pouvoir exécutif en ce qui

the extent of its territory. It is quite another to hold that action that has taken place partially within and partially outside that territory should fall within the jurisdiction of that state for the purpose of an extradition treaty. See *Duff Development Co. v. Government of Kelantan*, [1924] A.C. 797; *Taylor v. Barclay* (1828), 2 Sim. 213, 57 E.R. 769; and *Chateau-Gai Wines Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1970] Ex. C.R. 366.

Finally, I should point out that if my colleague is right on the first issue and the extradition judge was not empowered to deal with jurisdiction over the offence, a matter exclusively within the authority of the executive, then this Court has no jurisdiction to make that determination. This is an appeal from the decision of the extradition judge and we can only make any order that he ought to have made. If he was without authority to find jurisdiction over the offence we are similarly limited. See s. 45 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26. That determination must be made by the executive and, until made, the surrender cannot be made in compliance with the Treaty.

I would dispose of the appeal as proposed by La Forest J.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: John C. Tait, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Addelman, Edelson & Meagher, Ottawa.

concerne l'existence d'un État étranger ou l'étendue de son territoire est une chose. C'est une tout autre chose que de conclure qu'une action accomplie en partie à l'intérieur et en partie à l'extérieur de ce territoire devrait relever de la compétence de cet État pour les fins d'un traité d'extradition. Voir *Duff Development Co. c. Government of Kelantan*, [1924] A.C. 797; *Taylor c. Barclay* (1828), 2 Sim. 213, 57 E.R. 769; et *Chateau-Gai Wines Ltd. c. Attorney General of Canada*, [1970] R.C. de l'É. 366.

Enfin, je voudrais signaler que, si mon collègue a raison au sujet de la première question et que le juge d'extradition n'était pas habilité à traiter de la compétence relative à l'infraction reprochée, une question qui relève exclusivement du pouvoir exécutif, alors notre Cour n'a pas compétence pour prendre cette décision. Il s'agit d'un pourvoi contre la décision rendue par le juge d'extradition et nous pouvons seulement rendre une ordonnance qu'il aurait dû rendre. S'il n'était pas habilité à conclure à l'existence de compétence relativement à l'infraction reprochée, nous sommes assujettis à la même limite. Voir l'art. 45 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26. Cette décision doit être prise par le pouvoir exécutif et, en attendant, il ne peut y avoir extradition conformément au Traité.

Je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la manière proposée par le juge La Forest.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant: John C. Tait, Ottawa.

Procureurs de l'intimé: Addelman, Edelson & Meagher, Ottawa.

MAIL ➤ POSTE

Canada Post Corporation / Société canadienne des postes

Postage paid / Port payé

Lettermail / Poste-lettre

8801320
OTTAWA

If undelivered, return COVER ONLY to.
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9

Available from Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente : Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 3, 1994 Vol. 1

3e cahier, 1994 Vol. 1

Cited as [1994] 1 S.C.R. 311-467

Renvoi [1994] 1 R.C.S. 311-467

Published pursuant to the Supreme Court Act by

ANNE ROLAND, LL.L.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

Editors
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Canadian Government Publishing Centre, Canada Communication Group, Ottawa, Canada, K1A 0S9, together with the old address.

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1994.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND, LL.L.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

Arrêtistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Groupe communication Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1994.

CONTENTS

Brown *v.* British Columbia (Minister of Transportation and Highways) **420**

Torts — Negligence — Duty of care — Governmental liability — Maintenance of highways — Driver injured after losing control of vehicle on icy highway — Highways Department crew still on summer maintenance schedule at time of accident — Whether Department's decision to maintain summer schedule one of policy — Whether Department negligent in manner in which sanding was carried out under summer schedule.

Cunningham *v.* Wheeler; Cooper *v.* Miller; Shanks *v.* McNee **359**

Torts — Negligence — Compensation — Plaintiffs receiving compensation for lost wages under employment plans — Whether compensation received should be deducted from amount recovered for loss of wages from tortfeasor — Whether amount recovered for lost wages should be reduced

Continued on next page

SOMMAIRE

Brown *c.* Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie) **420**

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Responsabilité gouvernementale — Entretien des routes — Conducteur blessé après avoir perdu la maîtrise de son véhicule sur la chaussée glacée — Personnel du ministère de la Voirie fonctionnant encore selon l'horaire d'été à l'époque de l'accident — La décision du Ministère de maintenir l'horaire d'été en était-elle une de politique générale? — Le Ministère a-t-il fait preuve de négligence dans l'organisation de l'épandage du sable suivant l'horaire d'été?

Cunningham *c.* Wheeler; Cooper *c.* Miller; Shanks *c.* McNee **359**

Responsabilité délictuelle — Négligence — Indemnisation — Demandeurs ayant été indemnisés de pertes de salaire conformément à des régimes d'indemnisation des travailleurs — Les

Suite à la page suivante

by amount of income tax which would have been payable on wages.

R. *v.* Bois **357**

Criminal law — Sexual offences — Trial judge commenting on lack of corroboration and concluding that test for indecent assault subjective — Trial judge excluding psychologist's evidence — Order for new trial upheld.

R. *v.* Nagra **355**

Criminal law — Appellate court powers — Power to dismiss appeal against conviction where no substantial wrong or miscarriage of justice — Conviction of conspiracy to impersonate fraudulently and of procuring passport by making false statement — Jury not charged as to use acts and declarations of co-conspirators could be put — Whether Court of Appeal erred in dismissing appeal from conviction on ground that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

RJR — MacDonald Inc. *v.* Canada (Attorney General) **311**

Practice — Interlocutory motions to stay implementation of regulations pending final decision on appeals and to delay implementation if appeals dismissed — Leave to appeal granted shortly after applications to stay heard — Whether the applications for relief from compliance with regulations should be granted — Tobacco Products Control Act, S.C. 1988, c. 20, ss. 3, 4 to 8, 9, 11 to 16, 17(f), 18 — Tobacco Products Control Regulations, amendment, SOR/93-389 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 24(1) — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, s. 27 — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 65.1.

Swinamer *v.* Nova Scotia (Attorney General) **445**

Torts — Negligence — Duty of care — Governmental liability — Maintenance of highways — Tree on private property adjacent to provincial highway falling on truck and injuring driver — Transportation Department having conducted survey prior to accident to identify obviously hazardous trees — Whether Department's decision to conduct survey one of policy — Whether Department negligent in carrying out survey.

indemnités reçues doivent-elles être déduites du montant obtenu de l'auteur d'un délit civil pour le salaire perdu? — Faut-il retrancher du montant obtenu pour perte de salaire le montant d'impôt sur le revenu qui aurait dû être payé sur le salaire?

R. *c.* Bois **357**

Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Juge du procès commentant l'absence de corroboration et concluant qu'un critère subjectif est applicable à l'attentat à la pudeur — Exclusion par le juge du procès du témoignage d'une psychologue — Ordonnance de nouveau procès maintenue.

R. *c.* Nagra **355**

Droit criminel — Pouvoirs d'une cour d'appel — Pouvoir de rejeter un appel contre une déclaration de culpabilité en l'absence de tort important ou d'erreur judiciaire grave — Déclaration de culpabilité de complot en vue de se faire passer frauduleusement pour une autre personne et d'obtention d'un passeport au moyen d'une fausse déclaration — Absence de directives au jury quant à l'usage qui pouvait être fait des actes et déclarations de coconspirateurs — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en rejetant un appel contre une déclaration de culpabilité pour le motif qu'il ne s'était produit aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

RJR — MacDonald Inc. *c.* Canada (Procureur général) **311**

Pratique — Demandes interlocutoires visant à surseoir à l'application d'un règlement en attendant la décision finale sur des appels et à en retarder la mise en œuvre si les appels sont rejetés — Autorisations d'appel accordées peu après l'audition des demandes de sursis — Les demandes de dispense de l'application du règlement devraient-elles être accordées? — Loi réglementant les produits du tabac, L.C. 1988, ch. 20, art. 3, 4 à 8, 9, 11 à 16, 17f), 18 — Règlement sur les produits du tabac—Modification, DORS/93-389 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 24(1) — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 27 — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 65.1.

Swinamer *c.* Nouvelle-Écosse (Procureur général) **445**

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Responsabilité de l'État — Entretien des routes — Conducteur de camion blessé par la chute d'un arbre situé sur une propriété privée attenante à une route provinciale — Inspection faite par le ministère des Transports avant l'accident en vue de dénombrer les arbres présentant un danger apparent — La décision du ministère de procéder à une inspection est-elle une décision de politique générale? — Le ministère a-t-il été négligent dans le cadre de l'inspection?

RJR — MacDonald Inc. *Applicant*

v.

The Attorney General of Canada *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec *Mis-en-cause*

and

The Heart and Stroke Foundation of Canada, the Canadian Cancer Society, the Canadian Council on Smoking and Health, and Physicians for a Smoke-Free Canada *Interveners on the application for interlocutory relief*

and between

Imperial Tobacco Ltd. *Applicant*

v.

The Attorney General of Canada *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec *Mis-en-cause*

and

The Heart and Stroke Foundation of Canada, the Canadian Cancer Society, the Canadian Council on Smoking and Health, and Physicians for a Smoke-Free Canada *Interveners on the application for interlocutory relief*

RJR — MacDonald Inc. *Requérante*

c.

Le procureur général du Canada *Intimé*

et

Le procureur général du Québec *Mis en cause*

et

La Fondation des maladies du cœur du Canada, la Société canadienne du cancer, le Conseil canadien sur le tabagisme et la santé, et Médecins pour un Canada sans fumée *Intervenants dans la demande de redressement interlocutoire*

et entre

Imperial Tobacco Ltd. *Requérante*

c.

Le procureur général du Canada *Intimé*

et

Le procureur général du Québec *Mis en cause*

et

La Fondation des maladies du cœur du Canada, la Société canadienne du cancer, le Conseil canadien sur le tabagisme et la santé, et Médecins pour un Canada sans fumée *Intervenants dans la demande de redressement interlocutoire*

INDEXED AS: RJR — MACDONALD INC. *v.* CANADA (ATTORNEY GENERAL)

File Nos.: 23460, 23490.

1993: October 4; 1994: March 3.

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

APPLICATIONS FOR INTERLOCUTORY RELIEF

Practice — Interlocutory motions to stay implementation of regulations pending final decision on appeals and to delay implementation if appeals dismissed — Leave to appeal granted shortly after applications to stay heard — Whether the applications for relief from compliance with regulations should be granted — Tobacco Products Control Act, S.C. 1988, c. 20, ss. 3, 4 to 8, 9, 11 to 16, 17(f), 18 — Tobacco Products Control Regulations, amendment, SOR/93-389 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 24(1) — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, s. 27 — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 65.1.

The *Tobacco Products Control Act* regulates the advertisement of tobacco products and the health warnings which must be placed upon those products. Both applicants successfully challenged the Act's constitutional validity in the Quebec Superior Court on the grounds that it was *ultra vires* Parliament and that it violates the right to freedom of expression in s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Court of Appeal ordered the suspension of enforcement until judgment was rendered on the Act's validity but declined to order a stay of the coming into effect of the Act until 60 days following a judgment validating the Act. The majority ultimately found the legislation constitutional.

The *Tobacco Products Control Regulations, amendment*, would cause the applicants to incur major expense in altering their packaging and these expenses would be irrecoverable should the legislation be found unconstitutional. Before a decision on applicants' leave applications to this Court in the main actions had been made, the applicants brought these motions for stay pursuant to s. 65.1 of the *Supreme Court Act*, or, in the event that leave was granted, pursuant to r. 27 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*. In effect, the applicants sought to be released from any obligation to comply with the new packaging requirements until the disposi-

RÉPERTORIÉ: RJR — MACDONALD INC. *c.* CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N[os] du greffe: 23460, 23490.

1993: 4 octobre; 1994: 3 mars.

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

DEMANDES DE REDRESSEMENT INTERLOCUTOIRE

Pratique — Demandes interlocutoires visant à surseoir à l'application d'un règlement en attendant la décision finale sur des appels et à en retarder la mise en œuvre si les appels sont rejetés — Autorisations d'appel accordées peu après l'audition des demandes de sursis — Les demandes de dispense de l'application du règlement devraient-elles être accordées? — Loi réglementant les produits du tabac, L.C. 1988, ch. 20, art. 3, 4 à 8, 9, 11 à 16, 17f), 18 — Règlement sur les produits du tabac—Modification, DORS/93-389 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 24(1) — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 27 — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 65.1.

La *Loi réglementant les produits du tabac* vise à réglementer la publicité des produits du tabac et les mises en garde qui doivent être apposées sur ces produits. Les deux requérantes ont eu gain de cause devant la Cour supérieure du Québec lorsqu'elles ont contesté la constitutionnalité de la Loi au motif qu'elle était *ultra vires* du Parlement et contrevenait à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel a ordonné la suspension du contrôle d'application jusqu'à ce que jugement soit rendu sur la validité de la Loi, mais elle a refusé de suspendre l'application de la Loi pendant une période de 60 jours suivant un jugement déclarant la Loi valide. La Cour d'appel à la majorité a ultérieurement déclaré la loi constitutionnelle.

Le *Règlement sur les produits du tabac — Modification* obligerait les requérantes à engager des dépenses considérables pour modifier leurs emballages, et ces dépenses ne seraient pas recouvrables si la législation était déclarée inconstitutionnelle. Avant la décision relative aux autorisations de pourvoi dans les actions principales, les requérantes ont demandé un sursis d'exécution en vertu de l'art. 65.1 de la *Loi sur la Cour suprême* ou, dans l'éventualité où les autorisations d'appel seraient accordées, en vertu de l'art. 27 des *Règles de la Cour suprême du Canada*. En réalité, les requérantes demandent d'être libérées de toute obligation de se conformer

tion of the main actions. They also requested that the stays be granted for a period of 12 months from the dismissal of the leave applications or from a decision of this Court confirming the validity of *Tobacco Products Control Act.*

This Court heard applicants' motions on October 4 and granted leave to appeal the main action on October 14. At issue here was whether the applications for relief from compliance with the *Tobacco Products Control Regulations, amendment* should be granted. A preliminary question was raised as to this Court's jurisdiction to grant the relief requested by the applicants.

Held: The applications should be dismissed.

The powers of the Supreme Court of Canada to grant relief in this kind of proceeding are contained in s. 65.1 of the *Supreme Court of Canada Act* and r. 27 of the *Rules of the Supreme Court of Canada.*

The words "other relief" in r. 27 of the *Supreme Court Rules* are broad enough to permit the Court to defer enforcement of regulations that were not in existence when the appeal judgment was rendered. It can apply even though leave to appeal may not yet be granted. In interpreting the language of the rule, regard should be had to its purpose: to facilitate the "bringing of cases" before the Court "for the effectual execution and working of this Act". To achieve its purpose the rule can neither be limited to cases in which leave to appeal has already been granted nor be interpreted narrowly to apply only to an order stopping or arresting execution of the Court's process by a third party or freezing the judicial proceeding which is the subject matter of the judgment in appeal.

Section 65.1 of the *Supreme Court Act* was adopted not to limit the Court's powers under r. 27 but to enable a single judge to exercise the jurisdiction to grant stays in circumstances in which, before the amendment, a stay could be granted by the Court. It should be interpreted as conferring the same broad powers as are included in r. 27. The Court, pursuant to both s. 65.1 and r. 27, can not only grant a stay of execution and of proceedings in the traditional sense but also make any order that preserves matters between the parties in a state that will, as far as possible, prevent prejudice pending resolution by the Court of the controversy, so as to enable the Court to

aux nouvelles exigences en matière d'emballage jusqu'aux décisions sur les actions principales. Elles ont aussi demandé que le sursis soit accordé pour une période de 12 mois à compter d'un refus des autorisations d'appel ou d'un arrêt de notre Cour confirmant la validité de la *Loi réglementant les produits du tabac.*

Notre Cour a entendu les demandes des requérantes le 4 octobre et a accordé, le 14 octobre, les autorisations d'appel relativement aux actions principales. La question est de savoir si les demandes visant à obtenir une dispense de l'application du *Règlement sur les produits du tabac — Modification* devraient être accordées. Une question préliminaire a été soulevée relativement à la compétence de notre Cour d'accorder le redressement demandé par les requérantes.

Arrêt: Les demandes sont rejetées.

Les pouvoirs de la Cour suprême du Canada d'accorder un redressement dans des procédures de ce genre sont prévus à l'art. 65.1 de la *Loi sur la Cour suprême du Canada* et à l'art. 27 des *Règles de la Cour suprême du Canada.*

L'expression «autre redressement» à l'art. 27 des *Règles de la Cour suprême du Canada* est suffisamment générale pour permettre à notre Cour de retarder l'application d'un règlement qui n'existait pas au moment où la cour d'appel a rendu son jugement. La règle peut s'appliquer même si l'autorisation d'appel n'a pas encore été accordée. Dans l'interprétation du libellé de la règle, il faut en examiner l'objet: faciliter les «recours» devant la Cour et «prendre les mesures nécessaires à l'application de la présente loi». Pour réaliser son objet, la règle ne peut être limitée aux cas où l'autorisation d'appel a déjà été accordée ni recevoir une interprétation restrictive de façon à s'appliquer seulement à une ordonnance qui suspend ou arrête l'exécution des procédures de la Cour par une tierce partie ou encore qui bloque l'exécution du jugement objet de l'appel.

L'adoption de l'art. 65.1 de la *Loi sur la Cour suprême* ne visait pas à restreindre les pouvoirs de notre Cour en vertu de l'art. 27, mais à permettre à un seul juge d'exercer la compétence d'accorder un sursis dans les cas où, avant la modification, c'était la Cour qui pouvait accorder un sursis. Il faut l'interpréter comme conférant les mêmes pouvoirs généraux que ceux de l'art. 27. La Cour est habilitée, tant en vertu de l'art. 65.1 que de l'art. 27, non seulement à accorder un sursis d'exécution et une suspension d'instance dans le sens traditionnel, mais aussi à rendre toute ordonnance visant à maintenir les parties dans une situation qui, dans la mesure

render a meaningful and effective judgment. The Court must be able to intervene not only against the direct dictates of the judgment but also against its effects. The Court therefore must have jurisdiction to enjoin conduct on the part of a party acting in reliance on the judgment which, if carried out, would tend to negate or diminish the effect of the judgment of this Court.

Jurisdiction to grant the relief requested by the applicants exists even if the applicants' requests for relief are for "suspension" of the regulation rather than "exemption" from it. To hold otherwise would be inconsistent with *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores (MTS) Ltd.* which established that the distinction between "suspension" and "exemption" cases is made only after jurisdiction has been otherwise established. If jurisdiction under s. 65.1 of the Act and r. 27 were wanting, jurisdiction would be found in s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. A *Charter* remedy should not be defeated because of a deficiency in the ancillary procedural powers of the Court to preserve the rights of the parties pending a final resolution of constitutional rights.

The three-part *American Cyanamid* test (adopted in Canada in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores (MTS) Ltd.*) should be applied to applications for interlocutory injunctions and as well for stays in both private law and *Charter* cases.

At the first stage, an applicant for interlocutory relief in a *Charter* case must demonstrate a serious question to be tried. Whether the test has been satisfied should be determined by a motions judge on the basis of common sense and an extremely limited review of the case on the merits. The fact that an appellate court has granted leave in the main action is, of course, a relevant and weighty consideration, as is any judgment on the merits which has been rendered, although neither is necessarily conclusive of the matter. A motions court should only go beyond a preliminary investigation into the merits when the result of the interlocutory motion will in effect amount to a final determination of the action, or when the constitutionality of a challenged statute can be determined as a pure question of law. Instances of this sort will be exceedingly rare. Unless the case on the merits is frivolous or vexatious, or the constitutionality of the

du possible, ne sera pas cause de préjudice en attendant le règlement du différend par la Cour, de façon que cette dernière puisse rendre une décision qui ne sera pas dénuée de sens et d'efficacité. Notre Cour doit être en mesure d'intervenir non seulement à l'égard des termes mêmes du jugement, mais aussi à l'égard de ses effets. Notre Cour doit donc posséder la compétence d'interdire à une partie d'accomplir tout acte fondé sur le jugement, qui, s'il était accompli, tendrait à annuler ou à diminuer l'effet de la décision de notre Cour.

Notre Cour possède la compétence d'accorder le redressement demandé par les requérantes, même si les requérantes demandent une «suspension» du règlement plutôt qu'une «exemption» de son application. Une conclusion différente sur ce point irait à l'encontre de l'arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores (MTS) Ltd.*, selon lequel la distinction entre les cas de «suspension» et d'«exemption» ne se fait qu'après que la compétence a été par ailleurs établie. Si la compétence de notre Cour ne pouvait reposer sur l'art. 65.1 de la Loi et l'art. 27 des Règles, le fondement de cette compétence pourrait être le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et des libertés*. Une lacune dans les pouvoirs accessoires de notre Cour en matière de procédure permettant de préserver les droits des parties en attendant le règlement final d'un différend touchant des droits constitutionnels ne devrait pas faire obstacle à une réparation fondée sur la *Charte*.

Le critère en trois étapes de l'arrêt *American Cyanamid* (adopté au Canada dans *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores (MTS) Ltd.*) devrait s'appliquer aux demandes d'injonction interlocutoire et de suspension d'instance, tant en droit privé que dans des cas relevant de la *Charte*.

À la première étape, le requérant d'un redressement interlocutoire dans un cas relevant de la *Charte* doit établir l'existence d'une question sérieuse à juger. Le juge de la requête doit déterminer s'il est satisfait au critère, en se fondant sur le bon sens et un examen extrêmement restreint du fond de l'affaire. Le fait qu'une cour d'appel a accordé une autorisation d'appel relativement à l'action principale constitue une considération pertinente et importante, de même que tout jugement rendu sur le fond, mais ni l'un ni l'autre n'est concluant sur ce point. Le tribunal saisi de la requête ne devrait aller au-delà d'un examen préliminaire du fond de l'affaire que lorsque le résultat de la requête interlocutoire équivaudra en fait à un règlement final de l'action, ou que la question de constitutionnalité d'une loi se présente comme une pure question de droit. Les cas de ce genre sont extrêmement rares. Sauf lorsque la demande est futile ou

statute is a pure question of law, a judge on a motion for relief must, as a general rule, consider the second and third stages of the *Metropolitan Stores* test.

At the second stage the applicant is required to demonstrate that irreparable harm will result if the relief is not granted. 'Irreparable' refers to the nature of the harm rather than its magnitude. In *Charter* cases, even quantifiable financial loss relied upon by an applicant may be considered irreparable harm so long as it is unclear that such loss could be recovered at the time of a decision on the merits.

The third branch of the test, requiring an assessment of the balance of inconvenience to the parties, will normally determine the result in applications involving *Charter* rights. A consideration of the public interest must be taken into account in assessing the inconvenience which it is alleged will be suffered by both parties. These public interest considerations will carry less weight in exemption cases than in suspension cases. When the nature and declared purpose of legislation is to promote the public interest, a motions court should not be concerned whether the legislation has in fact this effect. It must be assumed to do so. In order to overcome the assumed benefit to the public interest arising from the continued application of the legislation, the applicant who relies on the public interest must demonstrate that the suspension of the legislation would itself provide a public benefit.

As a general rule, the same principles would apply when a government authority is the applicant in a motion for interlocutory relief. However, the issue of public interest, as an aspect of irreparable harm to the interests of the government, will be considered in the second stage. It will again be considered in the third stage when harm to the applicant is balanced with harm to the respondent including any harm to the public interest established by the latter.

Here, the application of these principles to the facts required that the applications for stay be dismissed.

The observation of the Quebec Court of Appeal that the case raised serious constitutional issues and this Court's decision to grant leave to appeal clearly indicated that these cases raise serious questions of law.

vexatoire ou que la question de la constitutionnalité d'une loi se présente comme une pure question de droit, le juge de la requête doit en général procéder à l'examen des deuxième et troisième étapes du critère de l'arrêt *Metropolitan Stores*.

À la deuxième étape, le requérant doit établir qu'il subira un préjudice irréparable en cas de refus du redressement. Le terme «irréparable» a trait à la nature du préjudice et non à son étendue. Dans les cas relevant de la *Charte*, même une perte financière quantifiable, invoquée à l'appui d'une demande, peut être considérée comme un préjudice irréparable s'il n'est pas évident qu'il pourrait y avoir recouvrement au moment de la décision sur le fond.

La troisième étape du critère, l'appréciation de la prépondérance des inconvénients, permettra habituellement de trancher les demandes concernant des droits garantis par la *Charte*. Il faut tenir compte de l'intérêt public dans l'appréciation des inconvénients susceptibles d'être subis par les deux parties. Les considérations d'intérêt public auront moins de poids dans les cas d'exemption que dans les cas de suspension. Si la nature et l'objet affirmé de la loi sont de promouvoir l'intérêt public, le tribunal des requêtes ne devrait pas se demander si la loi a réellement cet effet. Il faut supposer que tel est le cas. Pour arriver à contrer le supposé avantage de l'application continue de la loi que commande l'intérêt public, le requérant qui invoque l'intérêt public doit établir que la suspension de l'application de la loi serait elle-même à l'avantage du public.

En règle générale, les mêmes principes s'appliquent lorsqu'un organisme gouvernemental présente une demande de redressement interlocutoire. Cependant, c'est à la deuxième étape que sera examinée la question de l'intérêt public, en tant qu'aspect du préjudice irréparable causé aux intérêts du gouvernement. Cette question sera de nouveau examinée à la troisième étape lorsque le préjudice du requérant est examiné par rapport à celui de l'intimé, y compris le préjudice que ce dernier aura établi du point de vue de l'intérêt public.

En l'espèce, l'application de ces principes aux faits aboutit au rejet des demandes de sursis.

L'observation de la Cour d'appel du Québec que l'affaire soulève des questions constitutionnelles sérieuses, ainsi que les autorisations d'appel accordées par notre Cour, indiquent clairement que l'affaire soulève des questions de droit sérieuses.

Although compliance with the regulations would require a significant expenditure and, in the event of their being found unconstitutional, reversion to the original packaging would require another significant outlay, monetary loss of this nature will not usually amount to irreparable harm in private law cases. However, where the government is the unsuccessful party in a constitutional claim, a plaintiff will face a much more difficult task in establishing constitutional liability and obtaining monetary redress. The expenditures which the new regulations require will therefore impose irreparable harm on the applicants if these motions are denied but the main actions are successful on appeal.

Among the factors which must be considered in order to determine whether the granting or withholding of interlocutory relief would occasion greater inconvenience are the nature of the relief sought and of the harm which the parties contend they will suffer, the nature of the legislation which is under attack, and where the public interest lies. Although the required expenditure would impose economic hardship on the companies, the economic loss or inconvenience can be avoided by passing it on to purchasers of tobacco products. Further, the applications, since they were brought by two of the three companies controlling the Canadian tobacco industry, were in actual fact for a suspension of the legislation, rather than for an exemption from its operation. The public interest normally carries greater weight in favour of compliance with existing legislation. The weight given is in part a function of the nature of the legislation and in part a function of the purposes of the legislation under attack. The government passed these regulations with the intention of protecting public health and furthering the public good. When the government declares that it is passing legislation in order to protect and promote public health and it is shown that the restraints which it seeks to place upon an industry are of the same nature as those which in the past have had positive public benefits, it is not for a court on an interlocutory motion to assess the actual benefits which will result from the specific terms of the legislation. The applicants, rather, must offset these public interest considerations by demonstrating a more compelling public interest in suspending the application of the legislation. The only possible public interest in the continued application of the current packaging requirements, however, was that the price of cigarettes for smokers would not increase. Any such increase would not be excessive and cannot carry much weight when balanced against the undeniable importance of the public interest in health

Bien que l'application du règlement obligerait les requérantes à faire des dépenses importantes et, si ce règlement était déclaré inconstitutionnel, à engager d'autres dépenses considérables pour revenir à leurs méthodes actuelles d'emballage, une perte monétaire de cette nature n'équivaudra habituellement pas à un préjudice irréparable dans des affaires de droit privé. Toutefois, lorsque le gouvernement est la partie qui échoue dans une affaire de nature constitutionnelle, un demandeur aura beaucoup plus de difficulté à établir la responsabilité constitutionnelle et à obtenir une réparation monétaire. Les dépenses nécessitées par le nouveau règlement causeront donc un préjudice irréparable aux requérantes si les demandes sont rejetées, mais les actions principales accueillies en appel.

Pour déterminer lequel de l'octroi ou du refus du redressement interlocutoire occasionnerait le plus d'inconvénients, il faut notamment procéder à l'examen de la nature du redressement demandé et du préjudice invoqué par les parties, de la nature de la loi contestée et de l'intérêt public. Les dépenses nécessaires imposeraient un fardeau économique aux sociétés, mais la perte ou les inconvénients économiques peuvent être reportés sur les acheteurs des produits du tabac. Par ailleurs, puisqu'elles sont présentées par deux des trois sociétés qui contrôlent l'industrie canadienne du tabac, les demandes constituent en réalité un cas de suspension plutôt qu'un cas d'exemption de l'application de la législation. L'intérêt public pèse habituellement plus en faveur du respect de la législation existante. Le poids accordé aux préoccupations d'intérêt public dépend en partie de la nature de la loi et en partie de l'objet de la loi contestée. Le gouvernement a adopté le règlement dans l'intention de protéger la santé publique et donc de promouvoir le bien public. Si le gouvernement déclare qu'il adopte une loi pour protéger et favoriser la santé publique et s'il est établi que les limites qu'il veut imposer à l'industrie sont de même nature que celles qui, dans le passé, ont eu des avantages concrets pour le public, il n'appartient pas à un tribunal saisi d'une requête interlocutoire d'évaluer les véritables avantages qui découleront des exigences particulières de la loi. Les requérantes doivent plutôt faire contrepoids à ces considérations d'intérêt public en établissant que la suspension de l'application de la loi serait davantage dans l'intérêt public. Pour ce qui est du maintien de l'application des exigences actuelles en matière d'emballage, seule la non-majoration du prix des cigarettes pour les fumeurs pourrait être dans l'intérêt du public. Une telle majoration ne serait vraisemblablement pas excessive et ne peut avoir beaucoup de poids face à l'importance incontestable de l'intérêt public dans la protection de la santé

and in the prevention of the widespread and serious medical problems directly attributable to smoking.

Cases Cited

Applied: *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores (MTS) Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; **considered:** *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 594; *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396; **referred to:** *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401; *Keable v. Attorney General (Can.)*, [1978] 2 S.C.R. 135; *Battle Creek Toasted Corn Flake Co. v. Kellogg Toasted Corn Flake Co.* (1924), 55 O.L.R. 127; *Laboratoire Pentagone Ltée v. Parke, Davis & Co.*, [1968] S.C.R. 269; *Adrian Messenger Services v. The Jockey Club Ltd. (No. 2)* (1972), 2 O.R. 619; *Bear Island Foundation v. Ontario* (1989), 70 O.R. (2d) 574; *N.W.L. Ltd. v. Woods*, [1979] 1 W.L.R. 1294; *Trieger v. Canadian Broadcasting Corp.* (1988), 54 D.L.R. (4th) 143; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530; *Dialadex Communications Inc. v. Crammond* (1987), 34 D.L.R. (4th) 392; *R.L. Crain Inc. v. Hendry* (1988), 48 D.L.R. (4th) 228; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Mullin*, [1985] 3 W.W.R. 577; *Hubbard v. Pitt*, [1976] Q.B. 142; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1993), 14 O.R. (3d) 280; *Morgentaler v. Ackroyd* (1983), 150 D.L.R. (3d) 59; *Attorney General of Canada v. Fishing Vessel Owners' Association of B.C.*, [1985] 1 F.C. 791; *Esquimalt Anglers' Association v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* (1988), 21 F.T.R. 304; *Island Telephone Co., Re* (1987), 67 Nfld. & P.E.I.R. 158; *Black v. Law Society of Alberta* (1983), 144 D.L.R. (3d) 439; *Vancouver General Hospital v. Stoffman* (1985), 23 D.L.R. (4th) 146; *Rio Hotel Ltd. v. Commission des licences et permis d'alcool*, [1986] 2 S.C.R. ix; *Ontario Jockey Club v. Smith* (1922), 22 O.W.N. 373; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*), 24(1).
Code of Civil Procedure of Québec, art. 523.
Constitution Act, 1867, s. 91.
Fisheries Act, R.S.C. 1970 c. F-14.
Rules of the Supreme Court of Canada, 1888, General Order No. 85(17).
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, s. 27.

et la prévention de problèmes médicaux répandus et graves directement attribuables à la cigarette.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores (MTS) Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; **arrêts examinés:** *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 594; *American Cyanamid Co. c. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396; **arrêts mentionnés:** *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401; *Keable c. Procureur général (Can.)*, [1978] 2 R.C.S. 135; *Battle Creek Toasted Corn Flake Co. c. Kellogg Toasted Corn Flake Co.* (1924), 55 O.L.R. 127; *Laboratoire Pentagone Ltée c. Parke, Davis & Co.*, [1968] R.C.S. 269; *Adrian Messenger Services c. The Jockey Club Ltd. (No. 2)* (1972), 2 O.R. 619; *Bear Island Foundation c. Ontario* (1989), 70 O.R. (2d) 574; *N.W.L. Ltd. c. Woods*, [1979] 1 W.L.R. 1294; *Trieger c. Canadian Broadcasting Corp.* (1988), 54 D.L.R. (4th) 143; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; *Dialadex Communications Inc. c. Crammond* (1987), 34 D.L.R. (4th) 392; *R.L. Crain Inc. c. Hendry* (1988), 48 D.L.R. (4th) 228; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Mullin*, [1985] 3 W.W.R. 577; *Hubbard c. Pitt*, [1976] Q.B. 142; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *Ainsley Financial Corp. c. Ontario Securities Commission* (1993), 14 O.R. (3d) 280; *Morgentaler c. Ackroyd* (1983), 150 D.L.R. (3d) 59; *Procureur général du Canada c. Fishing Vessel Owners' Association of B.C.*, [1985] 1 C.F. 791; *Esquimalt Anglers' Association c. Canada (Ministre des pêches et océans)* (1988), 21 F.T.R. 304; *Island Telephone Co., Re* (1987), 67 Nfld. & P.E.I.R. 158; *Black c. Law Society of Alberta* (1983), 144 D.L.R. (3d) 439; *Vancouver General Hospital c. Stoffman* (1985), 23 D.L.R. (4th) 146; *Rio Hotel Ltd. c. Commission des licences et permis d'alcool*, [1986] 2 R.C.S. ix; *Ontario Jockey Club c. Smith* (1922), 22 O.W.N. 373; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*), 24(1).
Code de procédure civile du Québec, art. 523.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91.
Loi réglementant les produits du tabac, L.R.C. (1985), ch. 14 (4e suppl.), L.C. 1988, ch. 20, art. 3, 4 à 8, 9, 11 à 16, 17*f*), 18.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 65.1 [aj. L.C. 1990, ch. 8, art. 40], 97(1)*a*).

Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 65.1 [ad. S.C. 1990, c. 8, s. 40], 97(1)(*a*).
Tobacco Products Control Act, R.S.C., 1985, c. 14 (4th Supp.), S.C. 1988, c. 20, ss. 3, 4 to 8, 9, 11 to 16, 17(*f*), 18.
Tobacco Products Control Regulations, amendment, SOR/93-389.

Authors Cited

Canada. Minister of National Health and Welfare. Regulatory Impact Analysis Statement. (Statement following *Tobacco Products Control Regulations, amendment*, SOR/93-389.) In *Canada Gazette*, Part II, Vol. 127, No. 16, p. 3284.
Cassels, Jamie. "An Inconvenient Balance: The Injunction as a Charter Remedy". In Jeffrey Berryman, ed. *Remedies: Issues and Perspectives*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991, 271.
Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1992 (loose-leaf).

APPLICATIONS for interlocutory relief ancillary to constitutional challenge of enabling legislation following judgment of the Quebec Court of Appeal, [1993] R.J.Q. 375, 53 Q.A.C. 79, 102 D.L.R. (4th) 289, 48 C.P.R. (3d) 417, allowing an appeal from a judgment of Chabot J., [1991] R.J.Q. 2260, 82 D.L.R. (4th) 449, 37 C.P.R. (3d) 193, granting the application. Applications dismissed.

Colin K. Irving, for the applicant RJR — MacDonald Inc.

Simon V. Potter, for the applicant Imperial Tobacco Inc.

Claude Joyal and *Yves Lebœuf*, for the respondent.

W. Ian C. Binnie, *Q.C.*, and *Colin Baxter*, for the Heart and Stroke Foundation of Canada, the Canadian Cancer Society, the Canadian Council on Smoking and Health, and Physicians for a Smoke-Free Canada.

The judgment of the Court on the applications for interlocutory relief was delivered by

Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14.
Règlement sur les produits du tabac — Modification, DORS/93-389.
Règles de la Cour suprême du Canada, 1888, Ordonnance générale nº 85(17).
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 27.

Doctrine citée

Canada. Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social. Résumé de l'étude d'impact de la réglementation. (Résumé accompagnant le *Règlement sur les produits du tabac*, DORS/93-389.) Dans *Gazette du Canada*, partie II, vol. 127, nº 16, p. 3284.
Cassels, Jamie. «An Inconvenient Balance: The Injunction as a Charter Remedy». In Jeffrey Berryman, ed. *Remedies: Issues and Perspectives*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991, 271.
Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1992 (feuilles mobiles).

DEMANDES de redressement interlocutoire faisant partie d'une contestation de la constitutionnalité d'une loi habilitante à la suite d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1993] R.J.Q. 375, 53 Q.A.C. 79, 102 D.L.R. (4th) 289, 48 C.P.R. (3d) 417, qui a accueilli un appel de la décision du juge Chabot, [1991] R.J.Q. 2260, 82 D.L.R. (4th) 449, 37 C.P.R. (3d) 193, qui avait fait droit à la demande. Demandes rejetées.

Colin K. Irving, pour la requérante RJR — MacDonald Inc.

Simon V. Potter, pour la requérante Imperial Tobacco Inc.

Claude Joyal et *Yves Lebœuf*, pour l'intimé.

W. Ian C. Binnie, *c.r.*, et *Colin Baxter*, pour la Fondation des maladies du cœur du Canada, la Société canadienne du cancer, le Conseil canadien sur le tabagisme et la santé et Médecins pour un Canada sans fumée.

Version française du jugement de la Cour sur des demandes de redressement interlocutoire rendu par

SOPINKA AND CORY JJ. —

I. Factual Background

These applications for relief from compliance with certain *Tobacco Products Control Regulations, amendment*, SOR/93-389 as interlocutory relief are ancillary to a larger challenge to regulatory legislation which will soon be heard by this Court.

The *Tobacco Products Control Act*, R.S.C., 1985, c. 14 (4th Supp.), S.C. 1988, c. 20, came into force on January 1, 1989. The purpose of the Act is to regulate the advertisement of tobacco products and the health warnings which must be placed upon tobacco products.

The first part of the *Tobacco Products Control Act*, particularly ss. 4 to 8, prohibits the advertisement of tobacco products and any other form of activity designed to encourage their sale. Section 9 regulates the labelling of tobacco products, and provides that health messages must be carried on all tobacco packages in accordance with the regulations passed pursuant to the Act.

Sections 11 to 16 of the Act deal with enforcement and provide for the designation of tobacco product inspectors who are granted search and seizure powers. Section 17 authorizes the Governor in Council to make regulations under the Act. Section 17(*f*) authorizes the Governor in Council to adopt regulations prescribing "the content, position, configuration, size and prominence" of the mandatory health messages. Section 18(1)(*b*) of the Act indicates that infringements may be prosecuted by indictment, and upon conviction provides for a penalty by way of a fine not to exceed $100,000, imprisonment for up to one year, or both.

Each of the applicants challenged the constitutional validity of the *Tobacco Products Control Act* on the grounds that it is *ultra vires* the Parliament of Canada and invalid as it violates s. 2(*b*) of the

LES JUGES SOPINKA ET CORY —

I. Le contexte factuel

Les présentes demandes interlocutoires visant à obtenir une dispense de l'application de certaines dispositions du *Règlement sur les produits du tabac — Modification*, DORS/93-389 font partie d'une contestation plus large de la loi réglementante que notre Cour entendra sous peu.

La *Loi réglementant les produits du tabac*, L.R.C. (1985), ch. 14 (4e suppl.), L.C. 1988, ch. 20, est entrée en vigueur le 1er janvier 1989. Cette loi vise à réglementer la publicité des produits du tabac et les mises en garde qui doivent être apposées sur les produits du tabac.

La première partie de la *Loi réglementant les produits du tabac*, plus particulièrement ses art. 4 à 8, interdisent la publicité en faveur des produits du tabac et toute autre activité destinée à en encourager la vente. L'article 9 réglemente l'étiquetage des produits du tabac et prévoit que tout emballage d'un produit du tabac doit comporter des messages relatifs à la santé, conformément au règlement d'application de la Loi.

Les articles 11 à 16 de la Loi portent sur le contrôle d'application et prévoient la désignation d'inspecteurs des produits du tabac auxquels sont conférés des pouvoirs de perquisition et de saisie. L'article 17 autorise le gouverneur en conseil à prendre des règlements en vertu de la Loi. L'alinéa 17*f*) autorise le gouverneur en conseil à adopter des règlements fixant «la teneur, la présentation, l'emplacement, les dimensions et la mise en évidence» des messages obligatoires relatifs à la santé. L'alinéa 18(1)*b*) de la Loi indique que des contraventions peuvent donner lieu à des poursuites pour acte criminel, et que leur auteur encourt sur déclaration de culpabilité une amende maximale de 100 000 $ et un emprisonnement maximal d'un an, ou l'une de ces peines.

Chacune des requérantes a contesté la constitutionnalité de la *Loi réglementant les produits du tabac* au motif qu'elle est *ultra vires* du Parlement du Canada et non valide en ce qu'elle contrevient à

Canadian Charter of Rights and Freedoms. The two cases were heard together and decided on common evidence.

On July 26, 1991, Chabot J. of the Quebec Superior Court granted the applicants' motions, [1991] R.J.Q. 2260, 82 D.L.R. (4th) 449, finding that the Act was *ultra vires* the Parliament of Canada and that it contravened the *Charter*. The respondent appealed to the Quebec Court of Appeal. Before the Court of Appeal rendered judgment, the applicants applied to this court for interlocutory relief in the form of an order that they would not have to comply with certain provisions of the Act for a period of 60 days following judgment in the Court of Appeal.

Up to that point, the applicants had complied with all provisions in the *Tobacco Products Control Act*. However, under the Act, the complete prohibition on all point of sale advertising was not due to come into force until December 31, 1992. The applicants estimated that it would take them approximately 60 days to dismantle all of their advertising displays in stores. They argued that, with the benefit of a Superior Court judgment declaring the Act unconstitutional, they should not be required to take any steps to dismantle their displays until such time as the Court of Appeal might eventually hold the legislation to be valid. On the motion the Court of Appeal held that the penalties for non-compliance with the ban on point of sale advertising could not be enforced against the applicants until such time as the Court of Appeal had released its decision on the merits. The court refused, however, to stay the enforcement of the provisions for a period of 60 days following a judgment validating the Act.

On January 15, 1993, the Court of Appeal for Quebec, [1993] R.J.Q. 375, 102 D.L.R. (4th) 289, allowed the respondent's appeal, Brossard J.A. dissenting in part. The Court unanimously held that the Act was not *ultra vires* the government of Canada. The Court of Appeal accepted that the Act infringed s. 2(*b*) of the *Charter* but found, Brossard J.A. dissenting on this aspect, that it was justified under s. 1 of the *Charter*. Brossard J.A. agreed

l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les deux affaires ont été entendues ensemble et tranchées sur preuve commune.

Le 26 juillet 1991, le juge Chabot de la Cour supérieure du Québec a fait droit aux requêtes des requérantes, [1991] R.J.Q. 2260, 82 D.L.R. (4th) 449, et conclu que la Loi était *ultra vires* du Parlement du Canada et qu'elle contrevenait à la *Charte*. L'intimé a interjeté appel devant la Cour d'appel du Québec. Avant que la Cour d'appel ne rende son jugement, les requérantes ont demandé à cette cour un redressement interlocutoire de la nature d'une ordonnance déclarant qu'elles n'auraient pas à se conformer à certaines dispositions de la Loi pendant une période de 60 jours suivant le jugement de la Cour d'appel.

Jusqu'à ce moment, les requérantes avaient respecté toutes les dispositions de la *Loi réglementant les produits du tabac*. Cependant, en vertu de la Loi, l'interdiction absolue de publicité à tous les points de vente ne devait entrer en vigueur que le 31 décembre 1992. Les requérantes estimaient qu'elles auraient besoin de 60 jours environ pour démonter tous les supports publicitaires dans les magasins. Fortes du jugement de la Cour supérieure qui avait déclaré la Loi inconstitutionnelle, les requérantes soutenaient qu'elles ne devraient pas être tenues de démonter leurs étalages tant que la Cour d'appel n'aurait pas déclaré la loi valide. En réponse à la requête, la Cour d'appel a statué que les peines pour contravention à l'interdiction de publicité aux points de vente ne pouvaient être appliquées contre les requérantes avant qu'elle se soit prononcée sur le fond. Toutefois, la cour a refusé de suspendre l'application des dispositions pendant une période de 60 jours suivant un jugement déclarant la Loi valide.

Le 15 janvier 1993, la Cour d'appel du Québec, [1993] R.J.Q. 375, 102 D.L.R. (4th) 289, a accueilli l'appel de l'intimé; le juge Brossard était dissident en partie. La cour a statué, à l'unanimité, que la Loi n'était pas *ultra vires* du gouvernement du Canada. La Cour d'appel a reconnu que la Loi contrevenait à l'al. 2*b*) de la *Charte*, mais a statué que cette contravention se justifiait en vertu de l'article premier de la *Charte*, le juge Brossard

with the majority with respect to the requirement of unattributed package warnings (that is to say the warning was not to be attributed to the Federal Government) but found that the ban on advertising was not justified under s. 1 of the *Charter*. The applicants filed an application for leave to appeal the judgment of the Quebec Court of Appeal to this Court.

étant dissident sur ce dernier point. Le juge Brossard a souscrit à l'opinion de la majorité relativement à la nécessité de mises en garde non attribuées sur les emballages (c'est-à-dire que les mises en garde ne devaient pas être attribuées au gouvernement fédéral), mais a conclu que l'interdiction de publicité ne pouvait se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. Les requérantes ont déposé des demandes d'autorisation d'appel relativement à la décision de la Cour d'appel du Québec.

On August 11, 1993, the Governor in Council published amendments to the regulations dated July 21, 1993, under the Act: *Tobacco Products Control Regulations, amendment,* SOR/93-389. The amendments stipulate that larger, more prominent health warnings must be placed on all tobacco products packets, and that these warnings can no longer be attributed to Health and Welfare Canada. The packaging changes must be in effect within one year.

Le 11 août 1993, le gouverneur en conseil a publié des modifications du règlement datées du 21 juillet 1993 et prises en application de la Loi: *Règlement sur les produits du tabac—Modification*, DORS/93-389. Ces modifications imposent l'obligation d'apposer des mises en garde plus visibles et plus grandes sur tous les emballages des produits du tabac et de ne plus les attribuer à Santé et Bien-être Canada. Une période d'un an est allouée pour modifier les emballages.

According to affidavits filed in support of the applicant's motion, compliance with the new regulations would require the tobacco industry to redesign all of its packaging and to purchase thousands of rotograve cylinders and embossing dies. These changes would take close to a year to effect, at a cost to the industry of about $30,000,000.

Selon les affidavits déposés à l'appui de la requête, le respect du nouveau règlement exigerait de l'industrie du tabac de reconcevoir totalement les emballages et d'acheter des milliers de cylindres de rotogravure et de matrices de gaufrage. L'industrie aurait besoin de près d'un an pour procéder à ces changements, moyennant un coût d'environ 30 000 000 $.

Before a decision on their leave applications in the main actions had been made, the applicants brought these motions for a stay pursuant to s. 65.1 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26 (ad. by S.C. 1990, c. 8, s. 40) or, in the event that leave was granted, pursuant to r. 27 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74. The applicants seek to stay "the judgment of the Quebec Court of Appeal delivered on January 15, 1993", but "only insofar as that judgment validates sections 3, 4, 5, 6, 7 and 10 of [the new regulations]". In effect, the applicants ask to be released from any obligation to comply with the new packaging requirements until the disposition of the main actions. The applicants further request that the stays be granted for a period of 12 months from the dismissal of the leave applications or from a

Avant la décision relative aux autorisations de pourvoi dans les actions principales, les requérantes ont demandé un sursis d'exécution en vertu de l'art. 65.1 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26 (aj. L.C. 1990, ch. 8, art. 40) ou, dans l'éventualité où les autorisations d'appel seraient accordées, en vertu de l'art. 27 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74. Les requérantes demandent un sursis à l'exécution du [TRADUCTION] «jugement de la Cour d'appel du Québec rendu le 15 janvier 1993», mais «seulement dans la mesure où ce jugement valide les art. 3, 4, 5, 6, 7 et 10 du [nouveau règlement]». En réalité, les requérantes demandent d'être libérées de toute obligation de se conformer aux nouvelles exigences en matière d'emballage jusqu'aux décisions sur les actions principales. Elles demandent

decision of this Court confirming the validity of *Tobacco Products Control Act*.

The applicants contend that the stays requested are necessary to prevent their being required to incur considerable irrecoverable expenses as a result of the new regulations even though this Court may eventually find the enabling legislation to be constitutionally invalid.

The applicants' motions were heard by this Court on October 4. Leave to appeal the main actions was granted on October 14.

II. Relevant Statutory Provisions

Tobacco Products Control Act, R.S.C., 1985, c. 14 (4th Supp.), S.C. 1988, c. 20, s. 3:

3. The purpose of this Act is to provide a legislative response to a national public health problem of substantial and pressing concern and, in particular,

(*a*) to protect the health of Canadians in the light of conclusive evidence implicating tobacco use in the incidence of numerous debilitating and fatal diseases;

(*b*) to protect young persons and others, to the extent that is reasonable in a free and democratic society, from inducements to use tobacco products and consequent dependence on them; and

(*c*) to enhance public awareness of the hazards of tobacco use by ensuring the effective communication of pertinent information to consumers of tobacco products.

Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 65.1 (ad. S.C. 1990, c. 8, s. 40):

65.1 The Court or a judge may, on the request of a party who has filed a notice of application for leave to appeal, order that proceedings be stayed with respect to the judgment from which leave to appeal is being sought, on such terms as to the Court or the judge seem just.

également que le sursis soit accordé pour une période de 12 mois à compter du refus des autorisations d'appel ou d'un arrêt de notre Cour confirmant la validité de la *Loi réglementant les produits du tabac*.

Les requérantes soutiennent qu'elles doivent obtenir le sursis demandé pour ne pas avoir à engager des dépenses considérables et non recouvrables par suite de l'application du nouveau règlement, et ce, même si notre Cour pouvait en fin de compte déclarer inconstitutionnelle la loi habilitante.

Notre Cour a entendu les demandes des requérantes le 4 octobre. Le 14 octobre, elle accordait les autorisations d'appel relativement aux actions principales.

II. Les textes législatifs pertinents

Loi réglementant les produits du tabac, L.R.C. (1985), ch. 14 (4e suppl.), L.C. 1988, ch. 20, art. 3:

3. La présente loi a pour objet de s'attaquer, sur le plan législatif, à un problème qui, dans le domaine de la santé publique, est grave, urgent et d'envergure nationale et, plus particulièrement:

a) de protéger la santé des Canadiennes et des Canadiens compte tenu des preuves établissant de façon indiscutable un lien entre l'usage du tabac et de nombreuses maladies débilitantes ou mortelles;

b) de préserver notamment les jeunes, autant que faire se peut dans une société libre et démocratique, des incitations à la consommation du tabac et du tabagisme qui peut en résulter;

c) de mieux sensibiliser les Canadiennes et les Canadiens aux méfaits du tabac par la diffusion efficace de l'information utile aux consommateurs de celui-ci.

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 65.1 (aj. L.C. 1990, ch. 8, art. 40):

65.1 La Cour ou un juge peut, à la demande d'une partie qui a déposé l'avis de la demande d'autorisation d'appel, ordonner, aux conditions que l'une ou l'autre estime indiquées, le sursis d'exécution du jugement objet de la demande.

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, s. 27:

27. Any party against whom judgment has been given, or an order made, by the Court or any other court, may apply to the Court for a stay of execution or other relief against such a judgment or order, and the Court may give such relief upon such terms as may be just.

III. Courts Below

In order to place the applications for the stay in context it is necessary to review briefly the decisions of the courts below.

Superior Court, [1991] R.J.Q. 2260, 82 D.L.R. (4th) 449

Chabot J. concluded that the dominant characteristic of the *Tobacco Products Control Act* was the control of tobacco advertising and that the protection of public health was only an incidental objective of the Act. Chabot J. characterized the *Tobacco Products Control Act* as a law regulating advertising of a particular product, a matter within provincial legislative competence.

Chabot J. found that, with respect to s. 2(*b*) of the *Charter*, the activity prohibited by the Act was a protected activity, and that the notices required by the Regulations violated that *Charter* guarantee. He further held that the evidence demonstrated that the objective of reducing the level of consumption of tobacco products was of sufficient importance to warrant legislation restricting freedom of expression, and that the legislative objectives identified by Parliament to reduce tobacco use were a pressing and substantial concern in a free and democratic society.

However, in his view, the Act did not minimally impair freedom of expression, as it did not restrict itself to protecting young people from inducements to smoke, or limit itself to lifestyle advertising. Chabot J. found that the evidence submitted by the respondent in support of its contention that adver-

Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 27:

27. La partie contre laquelle la Cour ou un autre tribunal a rendu un jugement ou une ordonnance peut demander à la Cour un sursis à l'exécution de ce jugement ou de cette ordonnance ou un autre redressement, et la Cour peut accéder à cette demande aux conditions qu'elle juge appropriées.

III. Les tribunaux d'instance inférieure

Pour situer les demandes de sursis d'exécution dans leur contexte, il faut examiner brièvement les décisions des tribunaux d'instance inférieure.

La Cour supérieure, [1991] R.J.Q. 2260, 82 D.L.R. (4th) 449

Le juge Chabot a conclu que la caractéristique dominante de la *Loi réglementant les produits du tabac* était le contrôle de la publicité du tabac et que la protection de la santé publique n'était qu'un objectif indirect de la Loi. Le juge Chabot a qualifié la *Loi réglementant les produits du tabac* comme étant une loi visant à réglementer la publicité d'un produit particulier, ce qui est une question relevant de la compétence législative provinciale.

En ce qui concerne l'al. 2*b*) de la *Charte*, le juge Chabot a conclu que l'activité interdite par la Loi est une activité protégée et que les avis exigés par le règlement vont à l'encontre de l'al. 2*b*) de la *Charte*. Il a conclu aussi que la preuve établissait, d'une part, que l'objectif de réduction de la consommation des produits du tabac était suffisamment important pour justifier l'adoption d'une loi restreignant la liberté d'expression et, d'autre part, que les objectifs législatifs identifiés par le Parlement aux fins de la réduction de l'utilisation du tabac, répondaient à un problème urgent et réel dans une société libre et démocratique.

Cependant, selon le juge Chabot, la Loi ne constituait pas une atteinte minimale à la liberté d'expression, en ce qu'elle ne visait pas seulement à protéger les jeunes contre les incitations à la consommation du tabac, ou ne se limitait pas à la publicité dite de style de vie. Le juge Chabot a

tising bans decrease consumption was unreliable and without probative value because it failed to demonstrate that any ban of tobacco advertising would be likely to bring about a reduction of tobacco consumption. Therefore, the respondent had not demonstrated that an advertising ban restricted freedom of expression as little as possible. Chabot J. further concluded that the evidence of a rational connection between the ban of Canadian advertising and the objective of reducing overall consumption of tobacco was deficient, if not non-existent. He held that the Act was a form of censorship and social engineering which was incompatible with a free and democratic society and could not be justified.

Court of Appeal (on the application for a stay)

In deciding whether or not to exercise its broad power under art. 523 of the *Code of Civil Procedure of Québec* to "make any order necessary to safeguard the rights of the parties", the Court of Appeal made the following observation on the nature of the relief requested:

> But what is at issue here (if the Act is found to be constitutionally valid) is the suspension of the legal effect of part of the Act and the legal duty to comply with it for 60 days, and the suspension, as well, of the power of the appropriate public authorities to enforce the Act. To suspend or delay the effect or the enforcement of a valid act of the legislature, particularly one purporting to relate to the protection of public health or safety is a serious matter. The courts should not lightly limit or delay the implementation or enforcement of valid legislation where the legislature has brought that legislation into effect. To do so would be to intrude into the legislative and the executive spheres. [Emphasis in original.]

The Court made a partial grant of the relief sought as follows:

> Since the letters of the Department of Health and Welfare and appellants' contestation both suggest the possibility that the applicants may be prosecuted under Sec. 5 after December 31, 1992 whether or not judgment has been rendered on these appeals by that date, it

conclu que la preuve présentée par l'intimé selon laquelle l'interdiction totale de la publicité diminuait la consommation n'était pas fiable et n'avait aucune valeur probante parce qu'elle n'établissait pas que l'interdiction de la publicité entraînerait une diminution du tabagisme. En conséquence, l'intimé n'avait pas démontré que l'interdiction de la publicité portait le moins possible atteinte à la liberté d'expression. Le juge Chabot a conclu aussi que la preuve d'un lien rationnel entre la prohibition de la publicité au Canada et l'objectif de réduction du tabagisme était insuffisante, voire inexistante. Il a conclu que la Loi constituait en fait une forme de censure et d'ingérence sociale incompatible avec l'essence même d'une société libre et démocratique, qui ne pouvait être justifiée.

La Cour d'appel (relativement au sursis d'exécution du jugement)

En décidant si elle devait exercer son vaste pouvoir en vertu de l'art. 523 du *Code de procédure civile du Québec* de «rendre toutes ordonnances propres à sauvegarder les droits des parties», la Cour d'appel a fait l'observation suivante relativement à la nature du redressement demandé:

> [TRADUCTION] Toutefois, ce qui est en cause en l'espèce (si la Loi est déclarée valide du point de vue constitutionnel) est, d'une part, la suspension de l'effet juridique d'une partie de la Loi et de l'obligation de s'y conformer pendant une période de 60 jours et, d'autre part, la suspension du pouvoir des autorités publiques responsables d'en assurer l'application. C'est une question sérieuse que de suspendre ou de retarder l'effet ou l'exécution d'une loi valide adoptée par la législature, notamment une loi portant sur la protection de la santé ou de la sécurité du public. Les tribunaux ne devraient pas limiter ou retarder à la légère l'application ou l'exécution d'une loi valide si la législature a procédé à sa mise en vigueur. Le faire aurait pour effet d'empiéter dans les sphères législative et exécutive. [Souligné dans l'original.]

La cour a fait droit en partie au redressement demandé:

> [TRADUCTION] Puisque les lettres du ministère de la Santé et du Bien-être et la contestation des appelantes laissent entendre qu'il existe une possibilité que les requérantes soient poursuivies en vertu de l'art. 5 de la Loi après le 31 décembre 1992, peu importe que le juge-

seems reasonable to order the suspension of enforcement under Sec. 5 of the Act until judgment has been rendered by this Court on the present appeals. There is, after all, a serious issue as to the validity of the Act, and it would be unfairly onerous to require the applicants to incur substantial expense in dismantling these point of sale displays until we have resolved that issue.

We see no basis, however, for ordering a stay of the coming into effect of the Act for 60 days following our judgment on the appeals.

. . .

Indeed, given the public interest aspect of the Act, which purports to be concerned with the protection of public health, if the Act were found to be valid, there is excellent reason why its effect and enforcement should not be suspended (*A.G. of Manitoba v. Metropolitan Stores (MTS) Ltd.* [1987] 1 S.C.R. 110, 127, 135). [Emphasis in original.]

Court of Appeal (on the validity of the legislation), [1993] R.J.Q. 375, 102 D.L.R. (4th) 289

1. LeBel J.A. (for the majority)

LeBel J.A. characterized the *Tobacco Products Control Act* as legislation relating to public health. He also found that it was valid as legislation enacted for the peace, order and good government of Canada.

LeBel J.A. applied the criteria set out in *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401, and concluded that the Act satisfied the "national concern" test and could properly rest on a purely theoretical, unproven link between tobacco advertising and the overall consumption of tobacco.

LeBel J.A. agreed with Brossard J.A. that the Act infringed freedom of expression pursuant to s. 2(*b*) of the *Charter* but found that it was justified under s. 1 of the *Charter*. LeBel J.A. concluded that Chabot J. erred in his findings of fact in failing to recognize that the rational connection and minimal impairment branches of the *Oakes* test have been attenuated by later decisions of the

ment sur le fond ait alors été rendu ou non, il est approprié d'ordonner la suspension de l'application de l'art. 5 jusqu'à ce que le jugement sur le fond soit rendu. Il existe après tout une question sérieuse à juger relativement à la validité de la Loi, et il serait injustement onéreux d'exiger des requérantes qu'elles engagent des dépenses considérables pour démonter les supports publicitaires aux points de vente jusqu'à ce que nous ayons tranché la question.

Cependant, il n'est aucunement justifié, à notre avis, d'ordonner une suspension de l'entrée en vigueur de la Loi pendant une période de 60 jours suivant notre jugement dans ces appels.

. . .

En fait, compte tenu de l'intérêt public de cette Loi, qui vise à protéger la santé publique, dans l'éventualité où la Loi serait déclarée valide, il y a d'excellentes raisons de ne pas suspendre son effet et sa mise en application (*Manitoba (Procureur Général) c. Metropolitan Stores (MTS) Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, aux pp. 127 et 135). [Souligné dans l'original.]

La Cour d'appel (relativement à la validité de la loi), [1993] R.J.Q. 375, 102 D.L.R. (4th) 289

1. Le juge LeBel (au nom de la majorité)

Le juge LeBel a qualifié la *Loi réglementant les produits du tabac* de loi relative à la santé publique. Il a affirmé que la loi était valide en tant que loi adoptée pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement.

Le juge LeBel a appliqué le critère formulé dans l'arrêt *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401, et il a conclu que la Loi satisfaisait au critère de la «théorie de l'intérêt national» et qu'elle pouvait reposer sur un lien purement théorique non prouvé entre la publicité du tabac et sa consommation globale.

Souscrivant à l'opinion du juge Brossard, le juge LeBel a affirmé que la Loi contrevenait à la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte*, mais il a conclu que cette contravention pouvait se justifier en vertu de l'article premier. Le juge LeBel a conclu que le juge Chabot avait commis une erreur dans ses conclusions de fait en omettant de reconnaître que les volets du lien

Supreme Court of Canada. He found that the s. 1 test was satisfied since there was a possibility that prohibiting tobacco advertising might lead to a reduction in tobacco consumption, based on the mere existence of a [TRANSLATION] "body of opinion" favourable to the adoption of a ban. Further he found that the Act appeared to be consistent with minimal impairment as it did not prohibit consumption, did not prohibit foreign advertising and did not preclude the possibility of obtaining information about tobacco products.

rationnel et de l'atteinte minimale, du critère formulé dans l'arrêt *Oakes*, avaient été assouplis dans des arrêts ultérieurs de la Cour suprême du Canada. Il a conclu que le critère exigé par l'article premier était satisfait puisqu'il se peut que l'interdiction de la publicité sur le tabac entraîne une réduction de la consommation du tabac, d'après l'existence même d'un «corps d'opinions» favorables à l'adoption d'une telle interdiction. Par ailleurs, il a conclu que la Loi paraît conforme au critère de l'atteinte minimale en ce qu'elle n'interdît pas la consommation, n'interdît pas la publicité étrangère et n'écarte pas la possibilité d'obtenir de l'information sur les produits du tabac.

2. Brossard J.A. (dissenting in part)

Brossard J.A. agreed with LeBel J.A. that the *Tobacco Products Control Act* should be characterized as public health legislation and that the Act satisfied the "national concern" branch of the peace, order and good government power.

2. Le juge Brossard (dissident en partie)

Le juge Brossard a souscrit à l'opinion du juge LeBel que la *Loi réglementant les produits du tabac* devrait être qualifiée de loi visant le domaine de la santé publique et qu'elle satisfait au volet de «la dimension nationale» du pouvoir de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement.

However, he did not think that the violation of s. 2(*b*) of the *Charter* could be justified. He reviewed the evidence and found that it did not demonstrate the existence of a connection or even the possibility of a connection between an advertising ban and the use of tobacco. It was his opinion that it must be shown on a balance of probabilities that it was at least possible that the goals sought would be achieved. He also disagreed that the Act met the minimal impairment requirement since in his view the Act's objectives could be met by restricting advertising without the need for a total prohibition.

Cependant, le juge Brossard n'était pas d'avis que la violation de l'al. 2*b*) de la *Charte* pouvait se justifier. Il a examiné la preuve et affirmé qu'elle n'établissait pas l'existence d'un lien, ou même l'existence d'une probabilité de lien, entre l'interdiction de publicité et la consommation des produits du tabac. À son avis, il faut établir, selon une prépondérance des probabilités, qu'il est tout au moins possible que les buts visés soient atteints. Il n'a pas souscrit à l'opinion que la Loi satisfaisait au critère de l'atteinte minimale puisque, selon lui, les objectifs de la Loi pourraient être atteints par une restriction de la publicité sans qu'il soit nécessaire d'imposer une prohibition totale.

IV. Jurisdiction

A preliminary question was raised as to this Court's jurisdiction to grant the relief requested by the applicants. Both the Attorney General of Canada and the interveners on the stay (several health organizations, i.e., the Heart and Stroke Foundation of Canada, the Canadian Cancer Society, the Canadian Council on Smoking and Health, and Physicians for a Smoke-Free Canada) argued

IV. Compétence

Une question préliminaire a été soulevée relativement à la compétence de notre Cour d'accorder le redressement demandé par les requérantes. Le procureur général du Canada et les intervenants dans les demandes de sursis, (plusieurs organisations de santé dont la Fondation des maladies du cœur du Canada, la Société canadienne du cancer, le Conseil canadien sur le tabagisme et la santé et

that this Court lacks jurisdiction to order a stay of execution or of the proceedings which would relieve the applicants of the obligation of complying with the new regulations. Several arguments were advanced in support of this position.

First, the Attorney General argued that neither the old nor the new regulations dealing with the health messages were in issue before the lower courts and, as such, the applicants' requests for a stay truly cloaks requests to have this Court exercise an original jurisdiction over the matter. Second, he contended that the judgment of the Quebec Court of Appeal is not subject to execution given that it only declared that the Act was *intra vires* s. 91 of the *Constitution Act, 1867* and justified under s. 1 of the *Charter*. Because the lower court decision amounts to a declaration, there is, therefore, no "proceeding" that can be stayed. Finally, the Attorney General characterized the applicants' requests as being requests for a suspension by anticipation of the 12-month delay in which the new regulations will become effective so that the applicants can continue to sell tobacco products for an extended period in packages containing the health warnings required by the present regulations. He claimed that this Court has no jurisdiction to suspend the operation of the new regulations.

The interveners supported and elaborated on these submissions. They also submitted that r. 27 could not apply because leave to appeal had not been granted. In any event, they argued that the words "or other relief" are not broad enough to permit this Court to defer enforcement of regulations that were not even in existence at the time the appeal judgment was rendered.

The powers of the Supreme Court of Canada to grant relief in this kind of proceeding are contained in s. 65.1 of the *Supreme Court Act* and r. 27 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*.

Médecins pour un Canada sans fumée) ont soutenu que notre Cour n'avait pas compétence pour ordonner un sursis d'exécution ou une suspension d'instance qui libérerait les requérantes de l'obligation de se conformer au nouveau règlement. Plusieurs moyens ont été invoqués à l'appui de cette position.

Premièrement, le procureur général soutient que les dispositions concernant les messages relatifs à la santé prévus dans l'ancien ou le nouveau règlement n'ont pas été contestées devant les tribunaux d'instance inférieure et, partant, que les requérantes se trouvent en fait à demander à notre Cour d'exercer une compétence de première instance sur la question. Deuxièmement, ils soutiennent que le jugement de la Cour d'appel du Québec ne peut être exécuté puisqu'il ne fait que déclarer que la Loi est *intra vires* de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et qu'elle est justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*. Parce que la décision de l'instance inférieure équivaut à un jugement déclaratoire, il n'existe en conséquence aucune «procédure» qui pourrait faire l'objet d'un sursis. Enfin, selon le procureur général, les demandes des requérantes reviennent à demander une suspension par anticipation du délai de 12 mois avant la mise en application du règlement, pour leur permettre de continuer de vendre des produits du tabac dans les emballages comportant les mises en garde exigées par le règlement actuel. Il soutient que notre Cour n'a pas compétence pour suspendre l'application du nouveau règlement.

Les intervenants ont appuyé et étayé ces arguments. Ils ont aussi soutenu que l'art. 27 ne pouvait s'appliquer parce que l'autorisation d'appel n'avait pas été accordée. Quoi qu'il en soit, ils ont soutenu que l'expression «ou un autre redressement» n'est pas suffisamment générale pour permettre à notre Cour de retarder l'application d'un règlement qui n'existait même pas au moment du jugement rendu par la Cour d'appel.

Les pouvoirs de la Cour suprême du Canada en cette matière sont prévus à l'art. 65.1 de la *Loi sur la Cour suprême*, et à l'art. 27 des *Règles de la Cour suprême du Canada*.

Supreme Court Act

65.1 The Court or a judge may, on the request of a party who has filed a notice of application for leave to appeal, order that proceedings be stayed with respect to the judgment from which leave to appeal is being sought, on such terms as to the Court or the judge seem just.

Rules of the Supreme Court of Canada

27. Any party against whom judgment has been given, or an order made, by the Court or any other court, may apply to the Court for a stay of execution or other relief against such a judgment or order, and the Court may give such relief upon such terms as may be just.

Rule 27 and its predecessor have existed in substantially the same form since at least 1888 (see *Rules of the Supreme Court of Canada*, 1888, General Order No. 85(17)). Its broad language reflects the language of s. 97 of the Act whence the Court derives its rule-making power. Subsection (1)(*a*) of that section provides that the rules may be enacted:

97....

(*a*) for regulating the procedure of and in the Court and the bringing of cases before it from courts appealed from or otherwise, and for the effectual execution and working of this Act and the attainment of the intention and objects thereof;

Although the point is now academic, leave to appeal having been granted, we would not read into the rule the limitations suggested by the interveners. Neither the words of the rule nor s. 97 contain such limitations. In our opinion, in interpreting the language of the rule, regard should be had to its purpose, which is best expressed in the terms of the empowering section: to facilitate the "bringing of cases" before the Court "for the effectual execution and working of this Act". To achieve its purpose the rule can neither be limited to cases in which leave to appeal has already been granted nor be interpreted narrowly to apply only to an order stopping or arresting execution of the Court's process by a third party or freezing the judicial proceeding which is the subject matter of the judgment in appeal. Examples of the former, traditionally described as stays of execution, are

Loi sur la Cour suprême

65.1 La Cour ou un juge peut, à la demande d'une partie qui a déposé l'avis de la demande d'autorisation d'appel, ordonner, aux conditions que l'une ou l'autre estime indiquées, le sursis d'exécution du jugement objet de la demande.

Règles de la Cour suprême du Canada

27. La partie contre laquelle la Cour ou un autre tribunal a rendu un jugement ou une ordonnance peut demander à la Cour un sursis à l'exécution de ce jugement ou de cette ordonnance ou un autre redressement, et la Cour peut accéder à cette demande aux conditions qu'elle juge appropriées.

Le libellé de l'art. 27 et de celui qui le précédait n'a pratiquement pas été modifié depuis au moins 1888 (voir les *Règles de la Cour suprême du Canada*, 1888, Ordonnance générale nº 85(17)). Son libellé général correspond au libellé de l'art. 97 de la Loi duquel notre Cour tire son pouvoir de réglementation. L'alinéa (1)*a*) de cette disposition prévoit que des règles peuvent être adoptées pour:

97....

a) réglementer la procédure à la Cour et les modalités de recours devant elle contre les décisions de juridictions inférieures ou autres et prendre les mesures nécessaires à l'application de la présente loi;

Bien qu'il s'agisse maintenant d'une question théorique, les autorisations de pourvoi ayant été accordées, nous ne sommes pas disposés à admettre que cette règle inclut les restrictions proposées par les intervenants. À notre avis, ni le libellé de la règle ni celui de l'art. 97 ne renferment de telles restrictions. À notre avis, dans l'interprétation du libellé de la règle, il faut en examiner l'objet, lequel est clairement exprimé dans la disposition habilitante: faciliter les «recours» devant la Cour et «prendre les mesures nécessaires à l'application de la présente loi». Pour réaliser son objet, la règle ne peut être limitée aux cas où l'autorisation d'appel a déjà été accordée ni recevoir une interprétation restrictive de façon à s'appliquer seulement à une ordonnance qui suspend ou arrête l'exécution des procédures de la Cour par une tierce partie ou encore qui bloque l'exécution du jugement objet

contained in the subsections of s. 65 of the Act which have been held to be limited to preventing the intervention of a third party such as a sheriff but not the enforcement of an order directed to a party. See *Keable v. Attorney General (Can.)*, [1978] 2 S.C.R. 135. The stopping or freezing of all proceedings is traditionally referred to as a stay of proceedings. See *Battle Creek Toasted Corn Flake Co. v. Kellogg Toasted Corn Flake Co.* (1924), 55 O.L.R. 127 (C.A.). Such relief can be granted pursuant to this Court's powers in r. 27 or s. 65.1 of the Act.

de l'appel. Des exemples des premiers cas, traditionnellement qualifiés de sursis d'exécution, sont prévus à l'art. 65 de la Loi que l'on a interprété comme visant à empêcher l'intervention d'une tierce partie comme un shérif, mais non l'exécution d'une ordonnance visant une partie. Voir l'arrêt *Keable c. Procureur général (Can.)*, [1978] 2 R.C.S. 135. L'arrêt ou le blocage de toutes les procédures est généralement appelé une suspension d'instance. Voir l'arrêt *Battle Creek Toasted Corn Flake Co. c. Kellogg Toasted Corn Flake Co.* (1924), 55 O.L.R. 127 (C.A.). Un tel redressement peut être accordé conformément aux pouvoirs que l'art. 27 ou l'art. 65.1 de la Loi confèrent à notre Cour.

Moreover, we cannot agree that the adoption of s. 65.1 in 1992 (S.C. 1990, c. 8, s. 40) was intended to limit the Court's powers under r. 27. The purpose of that amendment was to enable a single judge to exercise the jurisdiction to grant stays in circumstances in which, before the amendment, a stay could be granted by the Court. Section 65.1 should, therefore, be interpreted to confer the same broad powers that are included in r. 27.

Par ailleurs, nous ne pouvons souscrire à l'opinion que l'adoption de l'art. 65.1 en 1992 (L.C. 1990, ch. 8, art. 40) visait à restreindre les pouvoirs de notre Cour en vertu de l'art. 27. La modification visait à permettre à un seul juge d'exercer la compétence d'accorder un sursis dans les cas où, avant la modification, c'était la Cour qui pouvait accorder un sursis. En conséquence, l'art. 65.1 doit être interprété de façon à conférer les mêmes pouvoirs généraux que ceux inclus dans l'art. 27.

In light of the foregoing and bearing in mind in particular the language of s. 97 of the Act we cannot agree with the first two points raised by the Attorney General that this Court is unable to grant a stay as requested by the applicants. We are of the view that the Court is empowered, pursuant to both s. 65.1 and r. 27, not only to grant a stay of execution and of proceedings in the traditional sense, but also to make any order that preserves matters between the parties in a state that will prevent prejudice as far as possible pending resolution by the Court of the controversy, so as to enable the Court to render a meaningful and effective judgment. The Court must be able to intervene not only against the direct dictates of the judgment but also against its effects. This means that the Court must have jurisdiction to enjoin conduct on the part of a party in reliance on the judgment which, if carried out, would tend to negate or diminish the effect of the judgment of this Court. In this case, the new

Compte tenu de ce qui précède et du libellé même de l'art. 97 de la Loi, nous sommes d'avis que, contrairement aux deux premiers points soulevés par le procureur général, notre Cour peut faire droit aux demandes de sursis des requérantes. Nous sommes d'avis que la Cour est habilitée, tant en vertu de l'art. 65.1 que de l'art. 27, non seulement à accorder un sursis d'exécution et une suspension d'instance dans le sens traditionnel, mais aussi à rendre toute ordonnance visant à maintenir les parties dans une situation qui, dans la mesure du possible, ne sera pas cause de préjudice en attendant le règlement du différend par la Cour, de façon que cette dernière puisse rendre une décision qui ne sera pas dénuée de sens et d'efficacité. Notre Cour doit être en mesure d'intervenir non seulement à l'égard des termes mêmes du jugement, mais aussi à l'égard de ses effets. Cela signifie que notre Cour doit posséder la compétence d'interdire à une partie d'accomplir tout acte fondé

regulations constitute conduct under a law that has been declared constitutional by the lower courts.

This, in our opinion, is the view taken by this Court in *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 594. The appellant Labatt, in circumstances similar to those in this case, sought to suspend enforcement of regulations which were attacked by it in an action for a declaration that the regulations were inapplicable to Labatt's product. The Federal Court of Appeal reversed a lower court finding in favour of Labatt. Labatt applied for a stay pending an appeal to this Court. Although the parties had apparently agreed to the terms of an order suspending further proceedings, Laskin C.J. dealt with the issue of jurisdiction, an issue that apparently was contested notwithstanding the agreement. The Chief Justice, speaking for the Court, determined that the Court was empowered to make an order suspending the enforcement of the impugned regulation by the Department of Consumer and Corporate Affairs. At page 600, Laskin C.J. responded as follows to arguments advanced on the traditional approach to the power to grant a stay:

> It was contended that the Rule relates to judgments or orders of this Court and not to judgments or orders of the Court appealed from. Its formulation appears to me to be inconsistent with such a limitation. Nor do I think that the position of the respondent that there is no judgment against the appellant to be stayed is a tenable one. Even if it be so, there is certainly an order against the appellant. Moreover, I do not think that the words of Rule 126, authorizing this Court to grant relief against an adverse order, should be read so narrowly as to invite only intervention directly against the order and not against its effect while an appeal against it is pending in this Court. I am of the opinion, therefore, that the appellant is entitled to apply for interlocutory relief against the operation of the order dismissing its declaratory

sur le jugement, qui, s'il était accompli, tendrait à annuler ou à diminuer l'effet de la décision de notre Cour. En l'espèce, le nouveau règlement est un acte pris en application d'une loi qui a été déclarée constitutionnelle par les tribunaux d'instance inférieure.

À notre avis, c'est l'opinion même que notre Cour avait exprimée dans l'arrêt *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 594. Dans cette affaire, l'appelante Labatt, dans des circonstances semblables à celles de l'espèce, demandait à notre Cour d'ordonner un sursis à l'application du règlement qu'elle attaquait dans une action visant à obtenir un jugement déclarant que le règlement était inapplicable au produit de Labatt. La Cour d'appel fédérale a infirmé la décision que le tribunal de première instance avait rendue en faveur de Labatt. Labatt a demandé le sursis des procédures jusqu'à ce que notre Cour rende jugement. Bien que les parties eussent apparemment accepté les conditions d'une ordonnance visant la suspension de toute autre procédure, le juge en chef Laskin a examiné la question de compétence, que l'on aurait apparemment contestée malgré l'entente entre les parties. Le Juge en chef, s'exprimant au nom de la Cour, a déterminé que notre Cour était habilitée à rendre une ordonnance visant à suspendre l'application du règlement attaqué par le ministère de la Consommation et des Corporations. Voici comment le juge en chef Laskin a répondu aux arguments soulevés relativement à la conception traditionnelle du pouvoir d'accorder un sursis (p. 600):

> On prétend que cette règle s'applique aux jugements ou ordonnances de cette Cour et non aux jugements ou ordonnances de la cour dont on interjette appel. Le texte de la règle me paraît inconciliable avec une pareille interprétation. En outre, la thèse de l'intimé selon laquelle il n'existe aucun jugement dont l'exécution puisse être suspendue me semble intenable et, même si c'était le cas, il est clair qu'une ordonnance a été rendue contre l'appelante. De plus, la règle 126, qui autorise cette Cour à accorder un redressement contre une ordonnance, ne doit pas être interprétée de façon à permettre à la Cour d'intervenir uniquement contre l'ordonnance et non contre son effet s'il y a pourvoi contre cette ordonnance devant cette Cour. En conséquence, l'appelante a le droit de demander un redressement interlocutoire

action, and that this Court may grant relief on such terms as may be just. [Emphasis added.]

While the above passage appears to answer the submission of the respondents on this motion that *Labatt* was distinguishable because the Court acted on a consent order, the matter was put beyond doubt by the following additional statement of Laskin C.J. at p. 601:

> Although I am of the opinion that Rule 126 applies to support the making of an order of the kind here agreed to by counsel for the parties, I would not wish it to be taken that this Court is otherwise without power to prevent proceedings pending before it from being aborted by unilateral action by one of the parties pending final determination of an appeal.

Indeed, an examination of the factums filed by the parties to the motion in *Labatt* reveals that while it was agreed that the dispute would be resolved by an application for a declaration, it was not agreed that pending resolution of the dispute the enforcement of the regulations would be stayed.

In our view, this Court has jurisdiction to grant the relief requested by the applicants. This is the case even if the applicants' requests for relief are for "suspension" of the regulation rather than "exemption" from it. To hold otherwise would be inconsistent with this Court's finding in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores (MTS) Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110. In that case, the distinction between "suspension" and "exemption" cases is made only after jurisdiction has been otherwise established and the public interest is being weighed against the interests of the applicant seeking the stay of proceedings. While "suspension" is a power that, as is stressed below, must be exercised sparingly, this is achieved by applying the criteria in *Metropolitan Stores* strictly and not by a restrictive interpretation of this Court's jurisdiction. Therefore, the final argument of the Attorney General on the issue of jurisdiction also fails.

visant le sursis d'exécution de l'ordonnance qui rejette son action déclaratoire et cette Cour a le pouvoir d'accorder un redressement aux conditions qu'elle estime équitables. [Nous soulignons.]

Bien que ce passage paraisse répondre à l'argument des intimés en l'espèce qu'il faut faire une distinction avec l'arrêt *Labatt* parce que notre Cour devait se prononcer sur une ordonnance convenue par les parties, les commentaires ajoutés par le juge en chef Laskin dissipent tout doute sur cette question, à la p. 601:

> Même si j'estime que la règle 126 s'applique et permet le prononcé d'une ordonnance de la nature de celle convenue par les avocats des parties, cela ne signifie pas que cette Cour n'a pas, en d'autres circonstances, le pouvoir d'éviter que des procédures en instance devant elle avortent par suite de l'action unilatérale d'une des parties avant la décision finale.

En fait, il ressort des mémoires déposés par les parties à la requête dans l'arrêt *Labatt* que les parties avaient convenu de faire trancher leur différend par un jugement déclaratoire, mais non de faire surseoir à l'exécution du règlement en attendant la résolution du différend.

À notre avis, notre Cour possède la compétence d'accorder le redressement demandé par les requérantes, même si les requérantes demandent une «suspension» du règlement plutôt qu'une exemption de son application. Prétendre le contraire irait à l'encontre de la conclusion de notre Cour dans l'arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores (MTS) Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110. Selon cet arrêt, la distinction entre les cas de «suspension» et les cas d'«exemption» se fait seulement après que la compétence est par ailleurs établie et quand la question de l'intérêt public est soupesée par rapport aux intérêts de la personne qui demande la suspension d'instance. Si le pouvoir de «suspension d'instance» doit être exercé, comme nous l'avons déjà mentionné, avec modération, on y parvient par l'application de critères formulés dans l'arrêt *Metropolitan Stores* et non par une interprétation restrictive de la compétence de notre Cour. En conséquence, le dernier argument soulevé par le procureur général relativement à la question de compétence échoue également.

Finally, if jurisdiction under s. 65.1 of the Act and r. 27 were wanting, we would be prepared to find jurisdiction in s. 24(1) of the *Charter*. A *Charter* remedy should not be defeated due to a deficiency in the ancillary procedural powers of the Court to preserve the rights of the parties pending a final resolution of constitutional rights.

Enfin, si la compétence de notre Cour ne pouvait reposer sur l'art. 65.1 de la Loi et l'art. 27 des Règles, nous sommes d'avis que le fondement de cette compétence pourrait être le par. 24(1) de la *Charte*. Une lacune dans les pouvoirs accessoires de notre Cour en matière de procédure permettant de préserver les droits des parties en attendant le règlement final d'un différend touchant des droits constitutionnels ne devrait pas faire obstacle à une réparation fondée sur la *Charte*.

V. Grounds for Stay of Proceedings

The applicants rely upon the following grounds:

1. The challenged *Tobacco Products Control Regulations, amendment* were promulgated pursuant to ss. 9 and 17 of the *Tobacco Products Control Act*, S.C. 1988, c. 20.

2. The applicants have applied to this Court for leave to appeal a judgment of the Quebec Court of Appeal dated January 15, 1993. The Court of Appeal overturned a decision of the Quebec Superior Court declaring certain sections of the Act to be beyond the powers of the Parliament of Canada and an unjustifiable violation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

3. The effect of the new regulations is such that the applicants will be obliged to incur substantial unrecoverable expenses in carrying out a complete redesign of all its packaging before this Court will have ruled on the constitutional validity of the enabling legislation and, if this Court restores the judgment of the Superior Court, will incur the same expenses a second time should they wish to restore their packages to the present design.

4. The tests for granting of a stay are met in this case:

   (i) There is a serious constitutional issue to be determined.

   (ii) Compliance with the new regulations will cause irreparable harm.

V. Motifs de suspension d'instance

Les requérantes se fondent sur les moyens suivants:

1. Le *Règlement sur les produits du tabac—Modification*, qui est contesté, a été pris conformément aux art. 9 et 17 de la *Loi réglementant les produits du tabac*, L.C. 1988, ch. 20.

2. Les requérantes ont présenté à notre Cour une demande d'autorisation d'appel contre un jugement de la Cour d'appel du Québec, rendu le 15 janvier 1993. La Cour d'appel a infirmé une décision de la Cour supérieure du Québec déclarant que certaines dispositions de la Loi outrepassaient les pouvoirs du Parlement du Canada et constituaient une violation injustifiable de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

3. L'effet du nouveau règlement est tel que les requérantes devront engager des dépenses non recouvrables considérables pour procéder à une nouvelle conception de leurs emballages avant que notre Cour ne se soit prononcée sur la validité constitutionnelle de la loi habilitante et, advenant le cas où notre Cour rétablirait la décision de la Cour supérieure, d'engager les mêmes dépenses une deuxième fois si elles désirent revenir à l'emballage actuel.

4. Les critères applicables à une suspension d'instance sont satisfaits:

   (i) Il existe une question constitutionnelle sérieuse à juger.

   (ii) Le respect du nouveau règlement causera un préjudice irréparable.

(iii) The balance of convenience, taking into account the public interest, favours retaining the status quo until this court has disposed of the legal issues.

VI. Analysis

The primary issue to be decided on these motions is whether the applicants should be granted the interlocutory relief they seek. The applicants are only entitled to this relief if they can satisfy the test laid down in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores (MTS) Ltd., supra.* If not, the applicants will have to comply with the new regulations, at least until such time as a decision is rendered in the main actions.

A. *Interlocutory Injunctions, Stays of Proceedings and the Charter*

The applicants ask this Court to delay the legal effect of regulations which have already been enacted and to prevent public authorities from enforcing them. They further seek to be protected from enforcement of the regulations for a 12-month period even if the enabling legislation is eventually found to be constitutionally valid. The relief sought is significant and its effects far reaching. A careful balancing process must be undertaken.

On one hand, courts must be sensitive to and cautious of making rulings which deprive legislation enacted by elected officials of its effect.

On the other hand, the *Charter* charges the courts with the responsibility of safeguarding fundamental rights. For the courts to insist rigidly that all legislation be enforced to the letter until the moment that it is struck down as unconstitutional might in some instances be to condone the most blatant violation of *Charter* rights. Such a practice would undermine the spirit and purpose of the

(iii) La prépondérance des inconvénients, compte tenu de l'intérêt public, favorise le maintien du statu quo jusqu'à ce que notre Cour ait réglé les questions juridiques.

VI. Analyse

La principale question soulevée dans les présentes demandes est de savoir s'il faut accorder aux requérantes le redressement interlocutoire sollicité. Elles y ont droit seulement si elles satisfont aux critères formulés dans *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores (MTS) Ltd.*, précité. Dans la négative, les requérantes devront se conformer au nouveau règlement, au moins jusqu'à ce qu'une décision soit rendue relativement aux actions principales.

A. *Les injonctions interlocutoires, la suspension d'instance et la Charte*

Les requérantes demandent à notre Cour de retarder l'effet juridique d'un règlement qui a déjà été adopté et d'empêcher les autorités publiques d'en assurer l'application. Elles demandent également d'être protégées contre le contrôle d'application du règlement pendant une période de 12 mois même si, ultérieurement, la loi habilitante devait être déclarée valide du point de vue constitutionnel. Le redressement demandé est important et ses effets sont d'une portée considérable. Il faut procéder à un processus de pondération soigneux.

D'une part, les tribunaux doivent être prudents et attentifs quand on leur demande de prendre des décisions qui privent de son effet une loi adoptée par des représentants élus.

D'autre part, la *Charte* impose aux tribunaux la responsabilité de sauvegarder les droits fondamentaux. Si les tribunaux exigeaient strictement que toutes les lois soient observées à la lettre jusqu'à ce qu'elles soient déclarées inopérantes pour motif d'inconstitutionnalité, ils se trouveraient dans certains cas à fermer les yeux sur les violations les plus flagrantes des droits garantis par la *Charte*. Une telle pratique contredirait l'esprit et l'objet de la *Charte* et pourrait encourager un gouvernement

Charter and might encourage a government to prolong unduly final resolution of the dispute.

Are there, then, special considerations or tests which must be applied by the courts when *Charter* violations are alleged and the interim relief which is sought involves the execution and enforceability of legislation?

Generally, the same principles should be applied by a court whether the remedy sought is an injunction or a stay. In *Metropolitan Stores*, at p. 127, Beetz J. expressed the position in these words:

> A stay of proceedings and an interlocutory injunction are remedies of the same nature. In the absence of a different test prescribed by statute, they have sufficient characteristics in common to be governed by the same rules and the courts have rightly tended to apply to the granting of interlocutory stay the principles which they follow with respect to interlocutory injunctions.

We would add only that here the applicants are requesting both interlocutory (pending disposition of the appeal) and interim (for a period of one year following such disposition) relief. We will use the broader term "interlocutory relief" to describe the hybrid nature of the relief sought. The same principles apply to both forms of relief.

Metropolitan Stores adopted a three-stage test for courts to apply when considering an application for either a stay or an interlocutory injunction. First, a preliminary assessment must be made of the merits of the case to ensure that there is a serious question to be tried. Secondly, it must be determined whether the applicant would suffer irreparable harm if the application were refused. Finally, an assessment must be made as to which of the parties would suffer greater harm from the granting or refusal of the remedy pending a decision on the merits. It may be helpful to consider each aspect of the test and then apply it to the facts presented in these cases.

à prolonger indûment le règlement final des différends.

Existe-t-il alors des considérations ou des critères spéciaux que les tribunaux doivent appliquer quand on allègue la violation de la *Charte* et que le redressement provisoire demandé touche l'exécution et l'applicabilité de la loi?

Généralement, un tribunal devrait appliquer les mêmes principes, que le redressement demandé soit une injonction ou une suspension d'instance. Dans l'arrêt *Metropolitan Stores*, le juge Beetz exprime ainsi cette position (p. 127):

> La suspension d'instance et l'injonction interlocutoire sont des redressements de même nature. À moins qu'un texte législatif ne prescrive un critère différent, elles ont suffisamment de traits en commun pour qu'elles soient assujetties aux mêmes règles et c'est avec raison que les tribunaux ont eu tendance à appliquer à la suspension interlocutoire d'instance les principes qu'ils suivent dans le cas d'injonctions interlocutoires.

Nous ajouterons seulement que les requérantes en l'espèce demandent à la fois un redressement interlocutoire (en attendant le règlement du pourvoi) et provisoire (pendant une période d'une année suivant le jugement). Nous utiliserons l'expression générale «redressement interlocutoire» pour décrire le caractère mixte du redressement demandé. Les mêmes principes régissent les deux types de redressements.

L'arrêt *Metropolitan Stores* établit une analyse en trois étapes que les tribunaux doivent appliquer quand ils examinent une demande de suspension d'instance ou d'injonction interlocutoire. Premièrement, une étude préliminaire du fond du litige doit établir qu'il y a une question sérieuse à juger. Deuxièmement, il faut déterminer si le requérant subirait un préjudice irréparable si sa demande était rejetée. Enfin, il faut déterminer laquelle des deux parties subira le plus grand préjudice selon que l'on accorde ou refuse le redressement en attendant une décision sur le fond. Il peut être utile d'examiner chaque aspect du critère et de l'appliquer ensuite aux faits en l'espèce.

B. *The Strength of the Plaintiff's Case*

Prior to the decision of the House of Lords in *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396, an applicant for interlocutory relief was required to demonstrate a "strong *prima facie* case" on the merits in order to satisfy the first test. In *American Cyanamid*, however, Lord Diplock stated that an applicant need no longer demonstrate a strong *prima facie* case. Rather it would suffice if he or she could satisfy the court that "the claim is not frivolous or vexatious; in other words, that there is a serious question to be tried". The *American Cyanamid* standard is now generally accepted by the Canadian courts, subject to the occasional reversion to a stricter standard: see Robert J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (2nd ed. 1992), at pp. 2-13 to 2-20.

In *Metropolitan Stores*, Beetz J. advanced several reasons why the *American Cyanamid* test rather than any more stringent review of the merits is appropriate in *Charter* cases. These included the difficulties involved in deciding complex factual and legal issues based upon the limited evidence available in an interlocutory proceeding, the impracticality of undertaking a s. 1 analysis at that stage, and the risk that a tentative determination on the merits would be made in the absence of complete pleadings or prior to the notification of any Attorneys General.

The respondent here raised the possibility that the current status of the main action required the applicants to demonstrate something more than "a serious question to be tried." The respondent relied upon the following *dicta* of this Court in *Laboratoire Pentagone Ltée v. Parke, Davis & Co.*, [1968] S.C.R. 269, at p. 272:

> The burden upon the appellant is much greater than it would be if the injunction were interlocutory. In such a case the Court must consider the balance of convenience as between the parties, because the matter has not yet come to trial. In the present case we are being asked to suspend the operation of a judgment of the Court of Appeal, delivered after full consideration of the merits.

B. *La force de l'argumentation du requérant*

Avant la décision de la Chambre des lords *American Cyanamid Co. c. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396, la personne qui demandait une injonction interlocutoire devait établir une [TRADUCTION] «forte apparence de droit» quant au fond de l'affaire pour satisfaire au premier critère. Toutefois, dans *American Cyanamid*, lord Diplock avait précisé que le requérant n'avait plus à établir une forte apparence de droit et qu'il lui suffisait de convaincre le tribunal que [TRADUCTION] «la demande n'est ni futile ni vexatoire, ou, en d'autres termes, que la question à trancher est sérieuse». Le critère formulé dans *American Cyanamid* est maintenant généralement accepté par les tribunaux canadiens qui, toutefois, reviennent à l'occasion à un critère plus strict: voir Robert J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (2nd ed. 1992), aux pp. 2-13 à 2-20.

Dans *Metropolitan Stores*, le juge Beetz a énoncé plusieurs raisons pour lesquelles, dans un cas relevant de la *Charte*, le critère formulé dans *American Cyanamid* convient mieux qu'un examen plus rigoureux du fond. Il a notamment parlé des difficultés à trancher des questions factuelles et juridiques complexes à partir d'éléments de preuve limités dans une procédure interlocutoire, des difficultés pratiques à procéder à une analyse fondée sur l'article premier à ce stade, et de la possibilité qu'une décision provisoire sur le fond soit rendue en l'absence de plaidoiries complètes ou avant qu'un avis soit donné aux procureurs généraux.

L'intimé a soulevé la possibilité que, compte tenu de l'état actuel de l'action principale, les requérantes soient tenues de démontrer davantage que l'existence «d'une question sérieuse à juger». L'intimé se fonde sur l'opinion incidente de notre Cour dans *Laboratoire Pentagone Ltée c. Parke, Davis & Co.*, [1968] R.C.S. 269, à la p. 272:

> [TRADUCTION] La charge imposée à l'appelante est beaucoup plus lourde que s'il s'agissait d'une injonction interlocutoire. Dans un tel cas, le tribunal doit examiner la prépondérance des inconvénients entre les parties parce que le procès n'a pas encore eu lieu. En l'espèce, on nous demande de suspendre l'exécution d'un jugement de la Cour d'appel, rendu après examen complet

It is not sufficient to justify such an order being made to urge that the impact of the injunction upon the appellant would be greater than the impact of its suspension upon the respondent.

To the same effect were the comments of Kelly J.A. in *Adrian Messenger Services v. The Jockey Club Ltd. (No. 2)* (1972), 2 O.R. 619 (C.A.), at p. 620:

> Unlike the situation prevailing before trial, where the competing allegations of the parties are unresolved, on an application for an interim injunction pending an appeal from the dismissal of the action the defendant has a judgment of the Court in its favour. Even conceding the ever-present possibility of the reversal of that judgment on appeal, it will in my view be in a comparatively rare case that the Court will interfere to confer upon a plaintiff, even on an interim basis, the very right to which the trial Court has held he is not entitled.

And, most recently, of Philp J. in *Bear Island Foundation v. Ontario* (1989), 70 O.R. (2d) 574 (H.C.), at p. 576:

> While I accept that the issue of title to these lands is a serious issue, it has been resolved by trial and by appeal. The reason for the Supreme Court of Canada granting leave is unknown and will not be known until they hear the appeal and render judgment. There is not before me at this time, therefore, a serious or substantial issue to be tried. It has already been tried and appealed. No attempt to stop harvesting was made by the present plaintiffs before trial, nor before the appeal before the Court of Appeal of Ontario. The issue is no longer an issue at trial.

According to the respondent, such statements suggest that once a decision has been rendered on the merits at trial, either the burden upon an applicant for interlocutory relief increases, or the applicant can no longer obtain such relief. While it might be possible to distinguish the above authorities on the basis that in the present case the trial judge agreed with the applicant's position, it is not necessary to do so. Whether or not these statements reflect the state of the law in private applications for interlocutory relief, which may well be open to question, they have no application in *Charter* cases.

sur le fond. Pour justifier une telle ordonnance, il ne suffit pas d'affirmer que l'incidence de l'injonction sur l'appelante sera plus importante que celle d'une suspension d'instance sur l'intimée.

Le juge Kelly a fait des commentaires au même effet dans *Adrian Messenger Services c. The Jockey Club Ltd. (No. 2)* (1972), 2 O.R. 619 (C.A.), à la p. 620:

> [TRADUCTION] Contrairement à la situation antérieure au procès, lorsque les prétentions opposées des parties ne sont pas encore réglées, dans le cas d'une demande d'injonction interlocutoire en attendant un appel contre le rejet de l'action, le défendeur est fort du jugement que la cour a rendu en sa faveur. Même en reconnaissant la possibilité omniprésente que ce jugement soit infirmé en appel, il est, à mon avis, relativement rare que la cour d'appel intervienne pour conférer à un demandeur, même de façon provisoire, le droit même qui lui a été refusé par le tribunal de première instance.

Plus récemment, le juge Philp affirmait dans *Bear Island Foundation c. Ontario* (1989), 70 O.R. (2d) 574 (H.C.), à la p. 576:

> [TRADUCTION] Bien que je reconnaisse que la question du titre de ces terres soit une question sérieuse, elle a été réglée en première instance et en appel. La raison pour laquelle la Cour suprême du Canada a accordé une autorisation de pourvoi est inconnue et continuera de l'être tant que la Cour n'aura pas procédé à l'audition et rendu jugement. Je ne suis pas en l'espèce saisi d'une question sérieuse à juger. Il y a déjà eu un procès et un appel sur cette question. Les demanderesses en l'espèce n'ont jamais tenté d'arrêter la récolte avant le procès, ni avant l'appel à la Cour d'appel de l'Ontario. La question ne constitue plus une question en litige.

D'après l'intimé, de telles affirmations laissent entendre que, dès qu'une décision est rendue sur le fond au procès, le requérant d'un redressement interlocutoire a un fardeau plus lourd ou ne peut plus obtenir le redressement. Bien qu'il soit possible d'établir en l'espèce une distinction par rapport aux décisions citées, puisque le juge de première instance a accepté la position de la requérante, il n'est pas nécessaire de le faire. Que ces affirmations traduisent ou non l'état du droit applicable aux demandes de redressement interlocutoire à caractère privé, question qui demeure sujette à débat, elles ne sont pas applicables aux cas relevant de la *Charte*.

The *Charter* protects fundamental rights and freedoms. The importance of the interests which, the applicants allege, have been adversely affected require every court faced with an alleged *Charter* violation to review the matter carefully. This is so even when other courts have concluded that no *Charter* breach has occurred. Furthermore, the complex nature of most constitutional rights means that a motions court will rarely have the time to engage in the requisite extensive analysis of the merits of the applicant's claim. This is true of any application for interlocutory relief whether or not a trial has been conducted. It follows that we are in complete agreement with the conclusion of Beetz J. in *Metropolitan Stores*, at p. 128, that "the *American Cyanamid* 'serious question' formulation is sufficient in a constitutional case where, as indicated below in these reasons, the public interest is taken into consideration in the balance of convenience."

La *Charte* protège les libertés et droits fondamentaux. Compte tenu de l'importance des intérêts auxquels, selon la requête, il a été porté atteinte, tout tribunal appelé à se prononcer sur une violation de la *Charte* doit procéder à un examen soigneux de la question. Tel est le cas même lorsque d'autres tribunaux ont conclu qu'il n'y avait pas eu violation de la *Charte*. Par ailleurs, compte tenu du caractère complexe de la plupart des droits garantis par la Constitution, le tribunal saisi d'une requête aura rarement le temps de faire l'analyse approfondie requise du fond de la demande du requérant. Ceci est vrai pour toute demande de redressement interlocutoire, que le procès ait eu lieu ou non. Nous sommes donc pleinement d'accord avec la conclusion du juge Beetz dans l'arrêt *Metropolitan Stores*, à la p. 128: «la formulation dans l'arrêt *American Cyanamid*, savoir celle de l'existence d'une «question sérieuse» suffit dans une affaire constitutionnelle où, comme je l'indique plus loin dans les présents motifs, l'intérêt public est pris en considération dans la détermination de la prépondérance des inconvénients.»

What then are the indicators of "a serious question to be tried"? There are no specific requirements which must be met in order to satisfy this test. The threshold is a low one. The judge on the application must make a preliminary assessment of the merits of the case. The decision of a lower court judge on the merits of the *Charter* claim is a relevant but not necessarily conclusive indication that the issues raised in an appeal are serious: see *Metropolitan Stores*, *supra*, at p. 150. Similarly, a decision by an appellate court to grant leave on the merits indicates that serious questions are raised, but a refusal of leave in a case which raises the same issues cannot automatically be taken as an indication of the lack of strength of the merits.

Quels sont les indicateurs d'une «question sérieuse à juger»? Il n'existe pas d'exigences particulières à remplir pour satisfaire à ce critère. Les exigences minimales ne sont pas élevées. Le juge saisi de la requête doit faire un examen préliminaire du fond de l'affaire. La décision sur le fond que rend le juge de première instance relativement à la *Charte* est une indication pertinente, mais pas nécessairement concluante que les questions soulevées en appel constituent des questions sérieuses: voir *Metropolitan Stores*, précité, à la p. 150. De même, l'autorisation d'appel sur le fond qu'une cour d'appel accorde constitue une indication que des questions sérieuses sont soulevées, mais un refus d'autorisation dans un cas qui soulève les mêmes questions n'indique pas automatiquement que les questions de fond ne sont pas sérieuses.

Once satisfied that the application is neither vexatious nor frivolous, the motions judge should proceed to consider the second and third tests, even if of the opinion that the plaintiff is unlikely

Une fois convaincu qu'une réclamation n'est ni futile ni vexatoire, le juge de la requête devrait examiner les deuxième et troisième critères, même s'il est d'avis que le demandeur sera probablement

to succeed at trial. A prolonged examination of the merits is generally neither necessary nor desirable.

Two exceptions apply to the general rule that a judge should not engage in an extensive review of the merits. The first arises when the result of the interlocutory motion will in effect amount to a final determination of the action. This will be the case either when the right which the applicant seeks to protect can only be exercised immediately or not at all, or when the result of the application will impose such hardship on one party as to remove any potential benefit from proceeding to trial. Indeed Lord Diplock modified the *American Cyanamid* principle in such a situation in *N.W.L. Ltd. v. Woods*, [1979] 1 W.L.R. 1294, at p. 1307:

> Where, however, the grant or refusal of the interlocutory injunction will have the practical effect of putting an end to the action because the harm that will have been already caused to the losing party by its grant or its refusal is complete and of a kind for which money cannot constitute any worthwhile recompense, the degree of likelihood that the plaintiff would have succeeded in establishing his right to an injunction if the action had gone to trial is a factor to be brought into the balance by the judge in weighing the risks that injustice may result from his deciding the application one way rather than the other.

Cases in which the applicant seeks to restrain picketing may well fall within the scope of this exception. Several cases indicate that this exception is already applied to some extent in Canada.

In *Trieger v. Canadian Broadcasting Corp.* (1988), 54 D.L.R. (4th) 143 (Ont. H.C.), the leader of the Green Party applied for an interlocutory mandatory injunction allowing him to participate in a party leaders' debate to be televised within a few days of the hearing. The applicant's only real interest was in being permitted to participate in the debate, not in any subsequent declaration of his rights. Campbell J. refused the application, stating at p. 152:

débouté au procès. Il n'est en général ni nécessaire ni souhaitable de faire un examen prolongé du fond de l'affaire.

Il existe deux exceptions à la règle générale selon laquelle un juge ne devrait pas procéder à un examen approfondi sur le fond. La première est le cas où le résultat de la demande interlocutoire équivaudra en fait au règlement final de l'action. Ce sera le cas, d'une part, si le droit que le requérant cherche à protéger est un droit qui ne peut être exercé qu'immédiatement ou pas du tout, ou, d'autre part, si le résultat de la demande aura pour effet d'imposer à une partie un tel préjudice qu'il n'existe plus d'avantage possible à tirer d'un procès. En fait, dans l'arrêt *N.W.L. Ltd. c. Woods*, [1979] 1 W.L.R. 1294, à la p. 1307, lord Diplock a modifié le principe formulé dans l'arrêt *American Cyanamid*:

> [TRADUCTION] Toutefois, lorsque l'octroi ou le refus d'une injonction interlocutoire aura comme répercussion pratique de mettre fin à l'action parce que le préjudice déjà subi par la partie perdante est complet et du type qui ne peut donner lieu à un dédommagement, la probabilité que le demandeur réussirait à établir son droit à une injonction, si l'affaire s'était rendue à procès, constitue un facteur dont le juge doit tenir compte lorsqu'il fait l'appréciation des risques d'injustice possibles selon qu'il tranche d'une façon plutôt que de l'autre.

Cette exception pourrait bien englober les cas où un requérant cherche à faire interdire le piquetage. Plusieurs décisions indiquent que cette exception est déjà appliquée dans une certaine mesure au Canada.

Dans l'arrêt *Trieger c. Canadian Broadcasting Corp.* (1988), 54 D.L.R. (4th) 143 (H.C. Ont.), le chef du Parti Vert avait demandé une ordonnance interlocutoire visant à lui permettre de participer à un débat télévisé des chefs de partis devant avoir lieu peu de jours après l'audition. Le requérant était seulement intéressé à participer au débat et non à obtenir une déclaration ultérieure de ses droits. Le juge Campbell a refusé la demande en ces termes à la p. 152:

This is not the sort of relief that should be granted on an interlocutory application of this kind. The legal issues involved are complex and I am not satisfied that the applicant has demonstrated there is a serious issue to be tried in the sense of a case with enough legal merit to justify the extraordinary intervention of this court in making the order sought without any trial at all. [Emphasis added.]

In *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530, the appellant Daigle was appealing an interlocutory injunction granted by the Quebec Superior Court enjoining her from having an abortion. In view of the advanced state of the appellant's pregnancy, this Court went beyond the issue of whether or not the interlocutory injunction should be discharged and immediately rendered a decision on the merits of the case.

The circumstances in which this exception will apply are rare. When it does, a more extensive review of the merits of the case must be undertaken. Then when the second and third stages of the test are considered and applied the anticipated result on the merits should be borne in mind.

The second exception to the *American Cyanamid* prohibition on an extensive review of the merits arises when the question of constitutionality presents itself as a simple question of law alone. This was recognized by Beetz J. in *Metropolitan Stores*, at p. 133:

There may be rare cases where the question of constitutionality will present itself as a simple question of law alone which can be finally settled by a motion judge. A theoretical example which comes to mind is one where Parliament or a legislature would purport to pass a law imposing the beliefs of a state religion. Such a law would violate s. 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, could not possibly be saved under s. 1 of the *Charter* and might perhaps be struck down right away; see *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66, at p. 88. It is trite to say that these cases are exceptional.

[TRADUCTION] Il ne s'agit pas du type de redressement qui devrait être accordé dans le cadre d'une demande interlocutoire de cette nature. Les questions juridiques en cause sont complexes et je ne suis pas convaincu que le requérant a démontré l'existence d'une question sérieuse à juger au sens d'une affaire dont le fond juridique est suffisant pour justifier l'intervention extraordinaire de la cour sans aucun procès. [Nous soulignons.]

Dans l'arrêt *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530, l'appelante Daigle interjetait appel contre une injonction interlocutoire rendue par la Cour supérieure du Québec lui interdisant de se faire avorter. Compte tenu de l'état avancé de la grossesse de l'appelante, notre Cour est allée au-delà de la question de l'injonction interlocutoire et a rendu immédiatement une décision sur le fond de l'affaire.

Les circonstances justifiant l'application de cette exception sont rares. Lorsqu'elle s'applique, le tribunal doit procéder à un examen plus approfondi du fond de l'affaire. Puis, au moment de l'application des deuxième et troisième étapes de l'analyse, il doit tenir compte des résultats prévus quant au fond.

La deuxième exception à l'interdiction, formulée dans l'arrêt *American Cyanamid*, de procéder à un examen approfondi du fond d'une affaire, vise le cas où la question de constitutionnalité se présente uniquement sous la forme d'une pure question de droit. Le juge Beetz l'a reconnu dans l'arrêt *Metropolitan Stores*, à la p. 133:

Il peut exister des cas rares où la question de la constitutionnalité se présente sous la forme d'une question de droit purement et simplement, laquelle peut être définitivement tranchée par un juge saisi d'une requête. Un exemple théorique qui vient à l'esprit est la situation où le Parlement ou une législature prétendrait adopter une loi imposant les croyances d'une religion d'État. Pareille loi enfreindrait l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ne pourrait possiblement pas être justifiée par l'article premier de celle-ci et courrait peut-être le risque d'être frappée d'illégalité sur-le-champ: voir *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, à la p. 88. Or, il va sans dire qu'il s'agit là de cas exceptionnels.

A judge faced with an application which falls within the extremely narrow confines of this second exception need not consider the second or third tests since the existence of irreparable harm or the location of the balance of convenience are irrelevant inasmuch as the constitutional issue is finally determined and a stay is unnecessary.

The suggestion has been made in the private law context that a third exception to the *American Cyanamid* "serious question to be tried" standard should be recognized in cases where the factual record is largely settled prior to the application being made. Thus in *Dialadex Communications Inc. v. Crammond* (1987), 34 D.L.R. (4th) 392 (Ont. H.C.), at p. 396, it was held that:

> Where the facts are not substantially in dispute, the plaintiffs must be able to establish a strong *prima facie* case and must show that they will suffer irreparable harm if the injunction is not granted. If there are facts in dispute, a lesser standard must be met. In that case, the plaintiffs must show that their case is not a frivolous one and there is a substantial question to be tried, and that, on the balance of convenience, an injunction should be granted.

To the extent that this exception exists at all, it should not be applied in *Charter* cases. Even if the facts upon which the *Charter* breach is alleged are not in dispute, all of the evidence upon which the s. 1 issue must be decided may not be before the motions court. Furthermore, at this stage an appellate court will not normally have the time to consider even a complete factual record properly. It follows that a motions court should not attempt to undertake the careful analysis required for a consideration of s. 1 in an interlocutory proceeding.

C. *Irreparable Harm*

Beetz J. determined in *Metropolitan Stores*, at p. 128, that "[t]he second test consists in deciding whether the litigant who seeks the interlocutory injunction would, unless the injunction is granted,

Un juge appelé à trancher une demande s'inscrivant dans les limites très étroites de la deuxième exception n'a pas à examiner les deuxième ou troisième critères puisque l'existence du préjudice irréparable ou la prépondérance des inconvénients ne sont pas pertinentes dans la mesure où la question constitutionnelle est tranchée de façon définitive et rend inutile le sursis.

Dans le contexte du droit privé, on a soutenu qu'il faudrait reconnaître une troisième exception au critère de «la question sérieuse à juger», formulé dans l'affaire *American Cyanamid*, lorsque le dossier factuel est en grande partie réglé avant le dépôt de la demande. Ainsi, dans l'affaire *Dialadex Communications Inc. c. Crammond* (1987), 34 D.L.R. (4th) 392 (H.C. Ont.), à la p. 396, on a conclu:

> [TRADUCTION] Lorsque les faits ne sont pas vraiment contestés, les demandeurs doivent être en mesure d'établir qu'il existe une forte apparence de droit et qu'ils subiront un préjudice irréparable si l'injonction est refusée. Si les faits sont contestés, le critère à satisfaire est moins exigeant. Dans ce cas, les demandeurs doivent établir que leur action n'est pas futile et qu'il existe une question sérieuse à juger, et que, selon la prépondérance des inconvénients, une injonction devrait être accordée.

Si cette exception existe, elle ne devrait pas s'appliquer aux cas relevant de la *Charte*. Même si les faits qui fondent l'allégation de violation de la *Charte* ne sont pas contestés, le tribunal des requêtes pourrait bien ne pas avoir devant lui tous les éléments de preuve requis pour un examen fondé sur l'article premier. Par ailleurs, à cette étape, une cour d'appel n'aura habituellement pas le temps d'examiner suffisamment même un dossier factuel complet. Il s'ensuit qu'un tribunal des requêtes ne devrait pas tenter de procéder à l'analyse approfondie que nécessite un examen de l'article premier dans le cadre d'une procédure interlocutoire.

C. *Le préjudice irréparable*

Le juge Beetz a affirmé dans l'arrêt *Metropolitan Stores* (à la p. 128) que «[l]e deuxième critère consiste à décider si la partie qui cherche à obtenir l'injonction interlocutoire subirait, si elle n'était

suffer irreparable harm". The harm which might be suffered by the respondent, should the relief sought be granted, has been considered by some courts at this stage. We are of the opinion that this is more appropriately dealt with in the third part of the analysis. Any alleged harm to the public interest should also be considered at that stage.

At this stage the only issue to be decided is whether a refusal to grant relief could so adversely affect the applicants' own interests that the harm could not be remedied if the eventual decision on the merits does not accord with the result of the interlocutory application.

"Irreparable" refers to the nature of the harm suffered rather than its magnitude. It is harm which either cannot be quantified in monetary terms or which cannot be cured, usually because one party cannot collect damages from the other. Examples of the former include instances where one party will be put out of business by the court's decision (*R.L. Crain Inc. v. Hendry* (1988), 48 D.L.R. (4th) 228 (Sask. Q.B.)); where one party will suffer permanent market loss or irrevocable damage to its business reputation (*American Cyanamid*, *supra*); or where a permanent loss of natural resources will be the result when a challenged activity is not enjoined (*MacMillan Bloedel Ltd. v. Mullin*, [1985] 3 W.W.R. 577 (B.C.C.A.)). The fact that one party may be impecunious does not automatically determine the application in favour of the other party who will not ultimately be able to collect damages, although it may be a relevant consideration (*Hubbard v. Pitt*, [1976] Q.B. 142 (C.A.)).

The assessment of irreparable harm in interlocutory applications involving *Charter* rights is a task which will often be more difficult than a comparable assessment in a private law application. One reason for this is that the notion of irreparable harm is closely tied to the remedy of damages, but damages are not the primary remedy in *Charter* cases.

pas accordée, un préjudice irréparable». Certains tribunaux ont examiné, à cette étape, le préjudice que l'intimé risque de subir si le redressement demandé est accordé. Nous sommes d'avis qu'il est plus approprié de le faire à la troisième étape de l'analyse. Le préjudice allégué à l'intérêt public devrait également être examiné à cette étape.

À la présente étape, la seule question est de savoir si le refus du redressement pourrait être si défavorable à l'intérêt du requérant que le préjudice ne pourrait pas faire l'objet d'une réparation, en cas de divergence entre la décision sur le fond et l'issue de la demande interlocutoire.

Le terme «irréparable» a trait à la nature du préjudice subi plutôt qu'à son étendue. C'est un préjudice qui ne peut être quantifié du point de vue monétaire ou un préjudice auquel il ne peut être remédié, en général parce qu'une partie ne peut être dédommagée par l'autre. Des exemples du premier type sont le cas où la décision du tribunal aura pour effet de faire perdre à une partie son entreprise (*R.L. Crain Inc. c. Hendry* (1988), 48 D.L.R. (4th) 228 (B.R. Sask.)); le cas où une partie peut subir une perte commerciale permanente ou un préjudice irrémédiable à sa réputation commerciale (*American Cyanamid*, précité); ou encore le cas où une partie peut subir une perte permanente de ressources naturelles lorsqu'une activité contestée n'est pas interdite (*MacMillan Bloedel Ltd. c. Mullin*, [1985] 3 W.W.R. 577 (C.A.C.-B.)). Le fait qu'une partie soit impécunieuse n'entraîne pas automatiquement l'acceptation de la requête de l'autre partie qui ne sera pas en mesure de percevoir ultérieurement des dommages-intérêts, mais ce peut être une considération pertinente (*Hubbard c. Pitt*, [1976] Q.B. 142 (C.A.)).

L'appréciation du préjudice irréparable dans le cas de demandes interlocutoires concernant des droits garantis par la *Charte* est une tâche qui sera habituellement plus difficile qu'une appréciation comparable dans le cas d'une demande en matière de droit privé. Une des raisons en est que la notion de préjudice irréparable est étroitement liée à la réparation que sont les dommages-intérêts, lesquels ne constituent pas la principale réparation dans les cas relevant de la *Charte*.

This Court has on several occasions accepted the principle that damages may be awarded for a breach of *Charter* rights: (see, for example, *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at pp. 883, 886, 943 and 971; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, at p. 196). However, no body of jurisprudence has yet developed in respect of the principles which might govern the award of damages under s. 24(1) of the *Charter*. In light of the uncertain state of the law regarding the award of damages for a *Charter* breach, it will in most cases be impossible for a judge on an interlocutory application to determine whether adequate compensation could ever be obtained at trial. Therefore, until the law in this area has developed further, it is appropriate to assume that the financial damage which will be suffered by an applicant following a refusal of relief, even though capable of quantification, constitutes irreparable harm.

D. *The Balance of Inconvenience and Public Interest Considerations*

The third test to be applied in an application for interlocutory relief was described by Beetz J. in *Metropolitan Stores* at p. 129 as: "a determination of which of the two parties will suffer the greater harm from the granting or refusal of an interlocutory injunction, pending a decision on the merits". In light of the relatively low threshold of the first test and the difficulties in applying the test of irreparable harm in *Charter* cases, many interlocutory proceedings will be determined at this stage.

The factors which must be considered in assessing the "balance of inconvenience" are numerous and will vary in each individual case. In *American Cyanamid*, Lord Diplock cautioned, at p. 408, that:

> [i]t would be unwise to attempt even to list all the various matters which may need to be taken into consideration in deciding where the balance lies, let alone to suggest the relative weight to be attached to them. These will vary from case to case.

À plusieurs reprises, notre Cour a accepté le principe que des dommages-intérêts peuvent être accordés relativement à une violation des droits garantis par la *Charte*: (voir par exemple *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, aux pp. 883, 886, 943 et 971; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, à la p. 196). Toutefois, il n'existe pas encore de théorie juridique relative aux principes susceptibles de régir l'octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Compte tenu de l'incertitude du droit quant à la condamnation à des dommages-intérêts en cas de violation de la *Charte*, il sera dans la plupart des cas impossible pour un juge saisi d'une demande interlocutoire de déterminer si un dédommagement adéquat pourrait être obtenu au procès. En conséquence, jusqu'à ce que le droit soit clarifié en cette matière, on peut supposer que le préjudice financier, même quantifiable, qu'un refus de redressement causera au requérant constitue un préjudice irréparable.

D. *La prépondérance des inconvénients et l'intérêt public*

Dans l'arrêt *Metropolitan Stores*, le juge Beetz décrit, à la p. 129, le troisième critère applicable à une demande de redressement interlocutoire comme un critère qui consiste «à déterminer laquelle des deux parties subira le plus grand préjudice selon que l'on accorde ou refuse une injonction interlocutoire en attendant une décision sur le fond». Compte tenu des exigences minimales relativement peu élevées du premier critère et des difficultés d'application du critère du préjudice irréparable dans des cas relevant de la *Charte*, c'est à ce stade que seront décidées de nombreuses procédures interlocutoires.

Il y a de nombreux facteurs à examiner dans l'appréciation de la «prépondérance des inconvénients» et ils varient d'un cas à l'autre. Dans l'arrêt *American Cyanamid*, lord Diplock fait la mise en garde suivante (à la p. 408):

> [TRADUCTION] [i]l serait peu sage de tenter ne serait-ce que d'énumérer tous les éléments variés qui pourraient demander à être pris en considération au moment du choix de la décision la plus convenable, encore moins de proposer le poids relatif à accorder à chacun de ces éléments. En la matière, chaque cas est un cas d'espèce.

He added, at p. 409, that "there may be many other special factors to be taken into consideration in the particular circumstances of individual cases."

The decision in *Metropolitan Stores*, at p. 149, made clear that in all constitutional cases the public interest is a 'special factor' which must be considered in assessing where the balance of convenience lies and which must be "given the weight it should carry." This was the approach properly followed by Blair J. of the General Division of the Ontario Court in *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1993), 14 O.R. (3d) 280, at pp. 303-4:

> Interlocutory injunctions involving a challenge to the constitutional validity of legislation or to the authority of a law enforcement agency stand on a different footing than ordinary cases involving claims for such relief as between private litigants. The interests of the public, which the agency is created to protect, must be taken into account and weighed in the balance, along with the interests of the private litigants.

1. The Public Interest

Some general guidelines as to the methods to be used in assessing the balance of inconvenience were elaborated by Beetz J. in *Metropolitan Stores*. A few additional points may be made. It is the "polycentric" nature of the *Charter* which requires a consideration of the public interest in determining the balance of convenience: see Jamie Cassels, "An Inconvenient Balance: The Injunction as a Charter Remedy", in J. Berryman, ed., *Remedies: Issues and Perspectives*, 1991, 271, at pp. 301-5. However, the government does not have a monopoly on the public interest. As Cassels points out at p. 303:

> While it is of utmost importance to consider the public interest in the balance of convenience, the public interest in *Charter* litigation is not unequivocal or asymmetrical in the way suggested in *Metropolitan Stores*. The Attorney General is not the exclusive representative of a monolithic "public" in *Charter* disputes, nor does the applicant always represent only an individualized claim. Most often, the applicant can also claim to

Il ajoute, à la p. 409: [TRADUCTION] «Il peut y avoir beaucoup d'autres éléments particuliers dont il faut tenir compte dans les circonstances particulières d'un cas déterminé.»

L'arrêt *Metropolitan Stores*, établit clairement que, dans tous les litiges de nature constitutionnelle, l'intérêt public est un «élément particulier» à considérer dans l'appréciation de la prépondérance des inconvénients, et qui doit recevoir «l'importance qu'il mérite» (à la p. 149). C'est la démarche qui a été correctement suivie par le juge Blair de la Division générale de la Cour de l'Ontario dans l'affaire *Ainsley Financial Corp. c. Ontario Securities Commission* (1993), 14 O.R. (3d) 280, aux pp. 303 et 304:

> [TRADUCTION] Une injonction interlocutoire comportant une contestation de la validité constitutionnelle d'une loi ou de l'autorité d'un organisme chargé de l'application de la loi diffère des litiges ordinaires dans lesquels les demandes de redressement opposent des plaideurs privés. Il faut tenir compte des intérêts du public, que l'organisme a comme mandat de protéger, et en faire l'appréciation par rapport à l'intérêt des plaideurs privés.

1. L'intérêt public

Dans *Metropolitan Stores*, le juge Beetz a formulé des directives générales quant aux méthodes à utiliser dans l'appréciation de la prépondérance des inconvénients. On peut y apporter quelques précisions. C'est le caractère «polycentrique» de la *Charte* qui exige un examen de l'intérêt public dans l'appréciation de la prépondérance des inconvénients: voir Jamie Cassels, «An Inconvenient Balance: The Injunction as a Charter Remedy» dans J. Berryman, dir., *Remedies: Issues and Perspectives*, 1991, 271, aux pp. 301 à 305. Toutefois, le gouvernement n'a pas le monopole de l'intérêt public. Comme le fait ressortir Cassels, à la p. 303:

> [TRADUCTION] Bien qu'il soit fort important de tenir compte de l'intérêt public dans l'appréciation de la prépondérance des inconvénients, l'intérêt public dans les cas relevant de la *Charte* n'est pas sans équivoque ou asymétrique comme le laisse entendre l'arrêt *Metropolitan Stores*. Le procureur général n'est pas le représentant exclusif d'un public «monolithe» dans les litiges sur la *Charte*, et le requérant ne présente pas toujours une

represent one vision of the "public interest". Similarly, the public interest may not always gravitate in favour of enforcement of existing legislation.

It is, we think, appropriate that it be open to both parties in an interlocutory *Charter* proceeding to rely upon considerations of the public interest. Each party is entitled to make the court aware of the damage it might suffer prior to a decision on the merits. In addition, either the applicant or the respondent may tip the scales of convenience in its favour by demonstrating to the court a compelling public interest in the granting or refusal of the relief sought. "Public interest" includes both the concerns of society generally and the particular interests of identifiable groups.

We would therefore reject an approach which excludes consideration of any harm not directly suffered by a party to the application. Such was the position taken by the trial judge in *Morgentaler v. Ackroyd* (1983), 150 D.L.R. (3d) 59 (Ont. H.C.), per Linden J., at p. 66.

> The applicants rested their argument mainly on the irreparable loss to their potential women patients, who would be unable to secure abortions if the clinic is not allowed to perform them. Even if it were established that *these women* would suffer irreparable harm, such evidence would not indicate any irreparable harm to *these applicants*, which would warrant this court issuing an injunction at their behest. [Emphasis in original.]

When a private applicant alleges that the public interest is at risk that harm must be demonstrated. This is since private applicants are normally presumed to be pursuing their own interests rather than those of the public at large. In considering the balance of convenience and the public interest, it does not assist an applicant to claim that a given government authority does not represent the public interest. Rather, the applicant must convince the

revendication individualisée. La plupart du temps, le requérant peut également affirmer qu'il représente une vision de «l'intérêt public». De même, il se peut que l'intérêt public ne milite pas toujours en faveur de l'application d'une loi existante.

À notre avis, il convient d'autoriser les deux parties à une procédure interlocutoire relevant de la *Charte* à invoquer des considérations d'intérêt public. Chaque partie a droit de faire connaître au tribunal le préjudice qu'elle pourrait subir avant la décision sur le fond. En outre, le requérant ou l'intimé peut faire pencher la balance des inconvénients en sa faveur en démontrant au tribunal que l'intérêt public commande l'octroi ou le refus du redressement demandé. «L'intérêt public» comprend à la fois les intérêts de l'ensemble de la société et les intérêts particuliers de groupes identifiables.

En conséquence, nous sommes d'avis qu'il faut rejeter une méthode d'analyse qui exclut l'examen d'un préjudice non directement subi par une partie à la requête. Telle était la position adoptée par le juge de première instance dans l'affaire *Morgentaler c. Ackroyd* (1983), 150 D.L.R. (3d) 59 (H.C. Ont.). Le juge Linden conclut à la p. 66:

> [TRADUCTION] Les requérants fondent principalement leur argumentation sur le préjudice irréparable que risquent de subir leurs patientes éventuelles qui ne pourront obtenir un avortement si la clinique n'est pas autorisée à les faire. Même s'il était établi que *ces femmes* subiraient un préjudice irréparable, une telle preuve n'indiquerait pas que les requérants en l'espèce subiraient un préjudice irréparable, justifiant la cour de délivrer une injonction à leur demande. [En italique dans l'original.]

Lorsqu'un particulier soutient qu'un préjudice est causé à l'intérêt public, ce préjudice doit être prouvé puisqu'on présume ordinairement qu'un particulier poursuit son propre intérêt et non celui de l'ensemble du public. Dans l'examen de la prépondérance des inconvénients et de l'intérêt public, il n'est pas utile à un requérant de soutenir qu'une autorité gouvernementale donnée ne représente pas l'intérêt public. Il faut plutôt que le

court of the public interest benefits which will flow from the granting of the relief sought.

Courts have addressed the issue of the harm to the public interest which can be relied upon by a public authority in different ways. On the one hand is the view expressed by the Federal Court of Appeal in *Attorney General of Canada v. Fishing Vessel Owners' Association of B.C.*, [1985] 1 F.C. 791, which overturned the trial judge's issuance of an injunction restraining Fisheries Officers from implementing a fishing plan adopted under the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, for several reasons, including, at p. 795:

(b) the Judge assumed that the grant of the injunction would not cause any damage to the appellants. This was wrong. When a public authority is prevented from exercising its statutory powers, it can be said, in a case like the present one, that the public interest, of which that authority is the guardian, suffers irreparable harm.

This dictum received the guarded approval of Beetz J. in *Metropolitan Stores* at p. 139. It was applied by the Trial Division of the Federal Court in *Esquimalt Anglers' Association v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* (1988), 21 F.T.R. 304.

A contrary view was expressed by McQuaid J.A. of the P.E.I. Court of Appeal in *Island Telephone Co., Re* (1987), 67 Nfld. & P.E.I.R. 158, who, in granting a stay of an order of the Public Utilities Commission pending appeal, stated at p. 164:

I can see no circumstances whatsoever under which the Commission itself could be inconvenienced by a stay pending appeal. As a regulatory body, it has no vested interest, as such, in the outcome of the appeal. In fact, it is not inconceivable that it should welcome any appeal which goes especially to its jurisdiction, for thereby it is provided with clear guidelines for the future, in situations where doubt may have therefore existed. The pub-

requérant convainque le tribunal des avantages, pour l'intérêt public, qui découleront de l'octroi du redressement demandé.

Cette question de l'atteinte à l'intérêt public invoquée par une autorité publique a été abordée de diverses façons par les tribunaux. D'un côté, on trouve le point de vue exprimé par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Fishing Vessel Owners' Association of B.C.*, [1985] 1 C.F. 791, qui a infirmé la décision de la Division de première instance d'accorder une injonction empêchant des fonctionnaires des pêcheries de mettre en œuvre un plan de pêche adopté en vertu de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14. Parmi d'autres motifs, la cour a souligné celui-ci (à la p. 795):

b) le juge a eu tort de tenir pour acquis que le fait d'accorder l'injonction ne causerait aucun tort aux appelants. Lorsqu'on empêche un organisme public d'exercer les pouvoirs que la loi lui confère, on peut alors affirmer, en présence d'un cas comme celui qui nous occupe, que l'intérêt public, dont cet organisme est le gardien, subit un tort irréparable.

Le juge Beetz a approuvé avec réserve ces remarques dans l'arrêt *Metropolitan Stores* (à la p. 139). Elles ont été appliquées par la Division de première instance de la Cour fédérale dans *Esquimalt Anglers' Association c. Canada (Ministre des pêches et océans)* (1988), 21 F.T.R. 304.

Un point de vue contraire a été exprimé par le juge McQuaid de la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard dans *Island Telephone Co., Re* (1987), 67 Nfld. & P.E.I.R. 158, qui, en autorisant un sursis d'exécution d'une ordonnance de la Public Utilities Commission porté en appel, a affirmé, à la p. 164:

[TRADUCTION] Je ne vois aucune circonstance susceptible de causer un inconvénient à la Commission s'il y a sursis d'exécution en attendant l'appel. En tant qu'organisme de réglementation, la Commission ne possède aucun intérêt acquis quant à l'issue de l'appel. En fait, on peut concevoir qu'elle soit favorable à un appel qui porte tout particulièrement sur sa compétence, car elle se trouve à recevoir des directives claires pour l'avenir

lic interest is equally well served, in the same sense, by any appeal . . . .

In our view, the concept of inconvenience should be widely construed in *Charter* cases. In the case of a public authority, the onus of demonstrating irreparable harm to the public interest is less than that of a private applicant. This is partly a function of the nature of the public authority and partly a function of the action sought to be enjoined. The test will nearly always be satisfied simply upon proof that the authority is charged with the duty of promoting or protecting the public interest and upon some indication that the impugned legislation, regulation, or activity was undertaken pursuant to that responsibility. Once these minimal requirements have been met, the court should in most cases assume that irreparable harm to the public interest would result from the restraint of that action.

A court should not, as a general rule, attempt to ascertain whether actual harm would result from the restraint sought. To do so would in effect require judicial inquiry into whether the government is governing well, since it implies the possibility that the government action does not have the effect of promoting the public interest and that the restraint of the action would therefore not harm the public interest. The *Charter* does not give the courts a licence to evaluate the effectiveness of government action, but only to restrain it where it encroaches upon fundamental rights.

Consideration of the public interest may also be influenced by other factors. In *Metropolitan Stores*, it was observed that public interest considerations will weigh more heavily in a "suspension" case than in an "exemption" case. The reason for this is that the public interest is much less likely to be detrimentally affected when a discrete and limited number of applicants are exempted from the application of certain provisions of a law than when the application of certain provisions of a law than when the application of the law is suspended entirely. See *Black v. Law Society of Alberta* (1983), 144 D.L.R. (3d) 439; *Vancouver General*

relativement à des situations où il aurait pu exister des doutes. De la même manière, un appel sert également bien l'intérêt public . . .

À notre avis, le concept d'inconvénient doit recevoir une interprétation large dans les cas relevant de la *Charte*. Dans le cas d'un organisme public, le fardeau d'établir le préjudice irréparable à l'intérêt public est moins exigeant que pour un particulier en raison, en partie, de la nature même de l'organisme public et, en partie, de l'action qu'on veut faire interdire. On pourra presque toujours satisfaire au critère en établissant simplement que l'organisme a le devoir de favoriser ou de protéger l'intérêt public et en indiquant que c'est dans cette sphère de responsabilité que se situent le texte législatif, le règlement ou l'activité contestés. Si l'on a satisfait à ces exigences minimales, le tribunal devrait, dans la plupart des cas, supposer que l'interdiction de l'action causera un préjudice irréparable à l'intérêt public.

En règle générale, un tribunal ne devrait pas tenter de déterminer si l'interdiction demandée entraînerait un préjudice réel. Le faire amènerait en réalité le tribunal à examiner si le gouvernement gouverne bien, puisque l'on se trouverait implicitement à laisser entendre que l'action gouvernementale n'a pas pour effet de favoriser l'intérêt public et que l'interdiction ne causerait donc aucun préjudice à l'intérêt public. La *Charte* autorise les tribunaux non pas à évaluer l'efficacité des mesures prises par le gouvernement, mais seulement à empêcher celui-ci d'empiéter sur les garanties fondamentales.

L'examen de l'intérêt public peut également être touché par d'autres facteurs. Dans *Metropolitan Stores*, on a fait remarquer que les considérations d'intérêt public ont davantage de poids dans les cas de «suspension» que dans les cas d'«exemption». La raison en est que l'atteinte à l'intérêt public est beaucoup moins probable dans le cas où un groupe restreint et distinct de requérants est exempté de l'application de certaines dispositions d'une loi que dans le cas où l'application de la loi est suspendue dans sa totalité. Voir les affaires *Black c. Law Society of Alberta* (1983), 144 D.L.R. (3d) 439; *Vancouver General Hospital c. Stoffman*

Hospital v. Stoffman (1985), 23 D.L.R. (4th) 146; *Rio Hotel Ltd. v. Commission des licences et permis d'alcool*, [1986] 2 S.C.R. ix.

Similarly, even in suspension cases, a court may be able to provide some relief if it can sufficiently limit the scope of the applicant's request for relief so that the general public interest in the continued application of the law is not affected. Thus in *Ontario Jockey Club v. Smith* (1922), 22 O.W.N. 373 (H.C.), the court restrained the enforcement of an impugned taxation statute against the applicant but ordered him to pay an amount equivalent to the tax into court pending the disposition of the main action.

2. The Status Quo

In the course of discussing the balance of convenience in *American Cyanamid*, Lord Diplock stated at p. 408 that when everything else is equal, "it is a counsel of prudence to . . . preserve the status quo." This approach would seem to be of limited value in private law cases, and, although there may be exceptions, as a general rule it has no merit as such in the face of the alleged violation of fundamental rights. One of the functions of the *Charter* is to provide individuals with a tool to challenge the existing order of things or status quo. The issues have to be balanced in the manner described in these reasons.

E. *Summary*

It may be helpful at this stage to review the factors to be considered on an application for interlocutory relief in a *Charter* case.

As indicated in *Metropolitan Stores*, the three-part *American Cyanamid* test should be applied to applications for interlocutory injunctions and as well for stays in both private law and *Charter* cases.

(1985), 23 D.L.R. (4th) 146; *Rio Hotel Ltd. c. Commission des licences et permis d'alcool*, [1986] 2 R.C.S. ix.

Par ailleurs, même dans les cas de suspension, un tribunal peut être en mesure d'offrir quelque redressement s'il arrive à suffisamment circonscrire la demande de redressement du requérant de façon à ne pas modifier l'application continue de la loi que commande l'intérêt public général. Ainsi, dans la décision *Ontario Jockey Club c. Smith* (1922), 22 O.W.N. 373 (H.C.), le tribunal a restreint à l'égard du requérant l'application d'une loi fiscale contestée, mais lui a ordonné de consigner à la cour la somme correspondant aux taxes exigées, en attendant le règlement de l'action principale.

2. Le statu quo

Dans le cadre de l'examen de la prépondérance des inconvénients dans l'affaire *American Cyanamid*, lord Diplock a affirmé que, toutes choses demeurant égales, [TRADUCTION] «il sera plus prudent d'adopter les mesures propres à maintenir le statu quo» (p. 408). Cette méthode semble être d'une utilité restreinte dans les litiges de droit privé; quoiqu'il puisse y avoir des exceptions, en règle générale, l'application de cette méthode n'est pas fondée comme telle lorsqu'on invoque la violation de droits fondamentaux. L'une des fonctions de la *Charte* est de fournir aux particuliers un moyen de contester l'ordre actuel des choses ou le statu quo. Les diverses questions doivent être pondérées de la façon décrite dans les présents motifs.

E. *Sommaire*

Il est utile à ce stade de résumer les facteurs à examiner dans le cas d'une demande de redressement interlocutoire dans un cas relevant de la *Charte*.

Comme l'indique *Metropolitan Stores* l'analyse en trois étapes d'*American Cyanamid* devrait s'appliquer aux demandes d'injonctions interlocutoires et de suspensions d'instance, tant en droit privé que dans les affaires relevant de la *Charte*.

At the first stage, an applicant for interlocutory relief in a *Charter* case must demonstrate a serious question to be tried. Whether the test has been satisfied should be determined by a motions judge on the basis of common sense and an extremely limited review of the case on the merits. The fact that an appellate court has granted leave in the main action is, of course, a relevant and weighty consideration, as is any judgment on the merits which has been rendered, although neither is necessarily conclusive of the matter. A motions court should only go beyond a preliminary investigation of the merits when the result of the interlocutory motion will in effect amount to a final determination of the action, or when the constitutionality of a challenged statute can be determined as a pure question of law. Instances of this sort will be exceedingly rare. Unless the case on the merits is frivolous or vexatious, or the constitutionality of the statute is a pure question of law, a judge on a motion for relief must, as a general rule, consider the second and third stages of the *Metropolitan Stores* test.

À la première étape, le requérant d'un redressement interlocutoire dans un cas relevant de la *Charte* doit établir l'existence d'une question sérieuse à juger. Le juge de la requête doit déterminer si le requérant a satisfait au critère, en se fondant sur le bon sens et un examen extrêmement restreint du fond de l'affaire. Le fait qu'une cour d'appel a accordé une autorisation d'appel relativement à l'action principale constitue certes une considération pertinente et importante, de même que tout jugement rendu sur le fond; toutefois, ni l'une ni l'autre de ces considérations n'est concluante. Le tribunal saisi de la requête ne devrait aller au-delà d'un examen préliminaire du fond de l'affaire que lorsque le résultat de la requête interlocutoire équivaudra en fait à un règlement final de l'action, ou que la question de constitutionnalité d'une loi se présente comme une pure question de droit. Les cas de ce genre sont extrêmement rares. Sauf lorsque la réclamation est futile ou vexatoire ou que la question de la constitutionnalité d'une loi se présente comme une pure question de droit, le juge de la requête devrait procéder à l'examen des deuxième et troisième étapes de l'analyse décrite dans l'arrêt *Metropolitan Stores*.

At the second stage the applicant must convince the court that it will suffer irreparable harm if the relief is not granted. 'Irreparable' refers to the nature of the harm rather than its magnitude. In *Charter* cases, even quantifiable financial loss relied upon by an applicant may be considered irreparable harm so long as it is unclear that such loss could be recovered at the time of a decision on the merits.

À la deuxième étape, le requérant doit convaincre la cour qu'il subira un préjudice irréparable en cas de refus du redressement. Le terme «irréparable» a trait à la nature du préjudice et non à son étendue. Dans les cas relevant de la *Charte*, même une perte financière quantifiable, invoquée à l'appui d'une demande, peut être considérée comme un préjudice irréparable s'il n'est pas évident qu'il pourrait y avoir recouvrement au moment de la décision sur le fond.

The third branch of the test, requiring an assessment of the balance of inconvenience, will often determine the result in applications involving *Charter* rights. In addition to the damage each party alleges it will suffer, the interest of the public must be taken into account. The effect a decision on the application will have upon the public interest may be relied upon by either party. These public interest considerations will carry less weight in exemption cases than in suspension cases. When the nature and declared purpose of legislation is to

C'est la troisième étape du critère, celle de l'appréciation de la prépondérance des inconvénients, qui permettra habituellement de trancher les demandes concernant des droits garantis par la *Charte*. En plus du préjudice que chaque partie prétend qu'elle subira, il faut tenir compte de l'intérêt public. L'effet qu'une décision sur la demande aura sur l'intérêt public peut être invoqué par l'une ou l'autre partie. Les considérations d'intérêt public auront moins de poids dans les cas d'exemption que dans les cas de suspension. Si la

promote the public interest, a motions court should not be concerned whether the legislation actually has such an effect. It must be assumed to do so. In order to overcome the assumed benefit to the public interest arising from the continued application of the legislation, the applicant who relies on the public interest must demonstrate that the suspension of the legislation would itself provide a public benefit.

We would add to this brief summary that, as a general rule, the same principles would apply when a government authority is the applicant in a motion for interlocutory relief. However, the issue of public interest, as an aspect of irreparable harm to the interests of the government, will be considered in the second stage. It will again be considered in the third stage when harm to the applicant is balanced with harm to the respondent including any harm to the public interest established by the latter.

VII. Application of the Principles to these Cases

A. *A Serious Question to be Tried*

The applicants contend that these cases raise several serious issues to be tried. Among these is the question of the application of the rational connection and the minimal impairment tests in order to justify the infringement upon freedom of expression occasioned by a blanket ban on tobacco advertising. On this issue, Chabot J. of the Quebec Superior Court and Brossard J.A. in dissent in the Court of Appeal held that the government had not satisfied these tests and that the ban could not be justified under s. 1 of the *Charter*. The majority of the Court of Appeal held that the ban was justified. The conflict in the reasons arises from different interpretations of the extent to which recent jurisprudence has relaxed the onus fixed upon the state in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, to justify its action in public welfare initiatives. This Court has granted leave to hear the appeals on the merits. When faced with separate motions for interlocutory relief pertaining to these cases, the Quebec Court of Appeal stated that "[w]hatever the outcome of these appeals, they clearly raise serious

nature et l'objet affirmé de la loi sont de promouvoir l'intérêt public, le tribunal des requêtes ne devrait pas se demander si la loi a réellement cet effet. Il faut supposer que tel est le cas. Pour arriver à contrer le supposé avantage de l'application continue de la loi que commande l'intérêt public, le requérant qui invoque l'intérêt public doit établir que la suspension de l'application de la loi serait elle-même à l'avantage du public.

Enfin, en règle générale, les mêmes principes s'appliqueraient lorsqu'un organisme gouvernemental présente une demande de redressement interlocutoire. Cependant, c'est à la deuxième étape que sera examinée la question de l'intérêt public, en tant qu'aspect du préjudice irréparable causé aux intérêts du gouvernement. Cette question sera de nouveau examinée à la troisième étape lorsque le préjudice du requérant est examiné par rapport à celui de l'intimé, y compris le préjudice que ce dernier aura établi du point de vue de l'intérêt public.

VII. Application des principes en l'espèce

A. *Une question sérieuse à juger*

Les requérantes soutiennent que les présentes affaires soulèvent plusieurs questions sérieuses à juger, dont celle de l'application des critères du lien rationnel et de l'atteinte minimale, qui servent à justifier l'atteinte à la liberté d'expression entraînée par l'interdiction générale de la publicité sur les produits du tabac. Sur ce point, le juge Chabot de la Cour supérieure du Québec et le juge Brossard, dissident, de la Cour d'appel ont conclu que le gouvernement n'avait pas satisfait à ces critères et que l'interdiction ne pouvait se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. La Cour d'appel à la majorité a statué que l'interdiction pouvait se justifier. Ces divergences d'opinions résultent d'interprétations différentes de la portée de l'assouplissement à la théorie du fardeau imposé au ministère public dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, lorsqu'il veut justifier son intervention dans le domaine du bien-être public. Notre Cour a accordé les autorisations de pourvoi sur le fond. Relativement à des requêtes distinctes de redressement interlocutoire en l'espèce, la Cour d'appel du

constitutional issues." This observation of the Quebec Court of Appeal and the decision to grant leaves to appeal clearly indicate that these cases raise serious questions of law.

B. *Irreparable Harm*

The applicants allege that if they are not granted interlocutory relief they will be forced to spend very large sums of money immediately in order to comply with the regulations. In the event that their appeals are allowed by this Court, the applicants contend that they will not be able either to recover their costs from the government or to revert to their current packaging practices without again incurring the same expense.

Monetary loss of this nature will not usually amount to irreparable harm in private law cases. Where the government is the unsuccessful party in a constitutional claim, however, a plaintiff will face a much more difficult task in establishing constitutional liability and obtaining monetary redress. The expenditures which the new regulations require will therefore impose irreparable harm on the applicants if these motions are denied but the main actions are successful on appeal.

C. *Balance of Inconvenience*

Among the factors which must be considered in order to determine whether the granting or withholding of interlocutory relief would occasion greater inconvenience are the nature of the relief sought and of the harm which the parties contend they will suffer, the nature of the legislation which is under attack, and where the public interest lies.

The losses which the applicants would suffer should relief be denied are strictly financial in nature. The required expenditure is significant and would undoubtedly impose considerable economic hardship on the two companies. Nonetheless, as

Québec a affirmé que: [TRADUCTION] «[q]uelle que soit l'issue de ces appels, ils soulèvent clairement des questions constitutionnelles sérieuses.» Cette observation de la Cour d'appel du Québec et les autorisations d'appel données par notre Cour indiquent clairement que les présentes affaires soulèvent des questions de droit sérieuses.

B. *Le préjudice irréparable*

Les requérantes soutiennent que si elles n'obtiennent pas le redressement interlocutoire, elles seront immédiatement forcées de faire des dépenses très importantes pour se conformer au règlement et que, advenant le cas où notre Cour accueillerait les pourvois des requérantes, elles ne seront pas en mesure de recouvrer du gouvernement les coûts subis ou de revenir à leurs méthodes actuelles d'emballage sans engager de nouveau les mêmes dépenses.

Une perte monétaire de cette nature n'équivaudra habituellement pas à un préjudice irréparable dans des affaires de droit privé. Toutefois, lorsque le gouvernement est la partie qui échoue dans une affaire de nature constitutionnelle, un demandeur aura beaucoup plus de difficulté à établir la responsabilité constitutionnelle et à obtenir une réparation monétaire. Les dépenses requises par le nouveau règlement causeront donc un préjudice irréparable aux requérantes si les présentes demandes sont refusées, mais les actions principales accueillies en appel.

C. *La prépondérance des inconvénients*

Pour déterminer lequel de l'octroi ou du refus du redressement interlocutoire occasionnerait le plus d'inconvénients, il faut notamment procéder à l'examen des facteurs suivants: la nature du redressement demandé et du préjudice invoqué par les parties, la nature de la loi contestée et l'intérêt public.

Les pertes que subiraient les requérantes, en cas de refus du redressement, sont de nature strictement financière. Les dépenses nécessaires sont importantes et imposeraient certainement un fardeau économique considérable aux deux sociétés.

pointed out by the respondent, the applicants are large and very successful corporations, each with annual earnings well in excess of $50,000,000. They have a greater capacity to absorb any loss than would many smaller enterprises. Secondarily, assuming that the demand for cigarettes is not solely a function of price, the companies may also be able to pass on some of their losses to their customers in the form of price increases. Therefore, although the harm suffered may be irreparable, it will not affect the long-term viability of the applicants.

Second, the applicants are two companies who seek to be exempted from compliance with the latest regulations published under the *Tobacco Products Control Act*. On the face of the matter, this case appears to be an "exemption case" as that phrase was used by Beetz J. in *Metropolitan Stores*. However, since there are only three tobacco producing companies operating in Canada, the application really is in the nature of a "suspension case". The applicants admitted in argument that they were in effect seeking to suspend the application of the new regulations to all tobacco producing companies in Canada for a period of one year following the judgment of this Court on the merits. The result of these motions will therefore affect the whole of the Canadian tobacco producing industry. Further, the impugned provisions are broad in nature. Thus it is appropriate to classify these applications as suspension cases and therefore ones in which "the public interest normally carries greater weight in favour of compliance with existing legislation" (p. 147).

The weight accorded to public interest concerns is partly a function of the nature of legislation generally, and partly a function of the purposes of the specific piece of legislation under attack. As Beetz J. explained, at p. 135, in *Metropolitan Stores*:

> Whether or not they are ultimately held to be constitutional, the laws which litigants seek to suspend or from which they seek to be exempted by way of interlocutory injunctive relief have been enacted by demo-

Néanmoins, comme l'a fait ressortir l'intimé, les requérantes sont des sociétés importantes et prospères, dont les revenus annuels dépassent les 50 millions de dollars. Elles peuvent absorber des pertes plus facilement que des entreprises plus petites. De plus, si l'on présume que, pour les cigarettes, la demande ne dépend pas uniquement du prix, ces sociétés peuvent reporter tout accroissement des dépenses sur leurs clients par le biais de majorations de prix. En conséquence, bien que le préjudice subi puisse être irréparable, il n'aura pas d'incidence à long terme sur la viabilité des entreprises requérantes.

Deuxièmement, les requérantes sont deux sociétés qui veulent être exemptées de l'application des dernières modifications du règlement pris en vertu de la *Loi réglementant les produits du tabac*. Au vu du dossier, le litige paraît être un «cas d'exemption» au sens où cette expression a été employée par le juge Beetz dans *Metropolitan Stores*. Toutefois, puisqu'il n'existe que trois sociétés de production de tabac au Canada, les demandes constituent en réalité une sorte de «cas de suspension». Les requérantes ont admis au cours des débats qu'elles cherchaient en fait à faire suspendre l'application du nouveau règlement à l'égard de toutes les sociétés de production de tabac au Canada pendant une période d'un an suivant le jugement de notre Cour sur le fond. La décision rendue relativement aux demandes aura donc des répercussions sur l'ensemble de l'industrie canadienne du tabac. Par ailleurs, les dispositions attaquées sont de nature générale. Il convient donc de considérer ces demandes comme un cas de suspension et, en conséquence, comme un cas où «l'intérêt public commande normalement davantage le respect de la législation existante» (p. 147).

L'importance accordée aux préoccupations d'intérêt public dépend en partie de la nature de la loi en général et en partie de l'objet de la loi contestée. Comme le juge Beetz l'explique, à la p. 135 de l'arrêt *Metropolitan Stores*:

> Qu'elles soient ou non finalement jugées constitutionnelles, les lois dont les plaideurs cherchent à obtenir la suspension, ou de l'application desquelles ils demandent d'être exemptés par voie d'injonction interlocutoire, ont

cratically-elected legislatures and are generally passed for the common good, for instance: . . . the protection of public health . . . . It seems axiomatic that the granting of interlocutory injunctive relief in most suspension cases and, up to a point, as will be seen later, in quite a few exemption cases, is susceptible temporarily to frustrate the pursuit of the common good. [Emphasis added.]

The regulations under attack were adopted pursuant to s. 3 of the *Tobacco Products Control Act* which states:

3. The purpose of this Act is to provide a legislative response to a national public health problem of substantial and pressing concern and, in particular,

(*a*) to protect the health of Canadians in the light of conclusive evidence implicating tobacco use in the incidence of numerous debilitating and fatal diseases;

(*b*) to protect young persons and others, to the extent that is reasonable in a free and democratic society, from inducements to use tobacco products and consequent dependence on them; and

(*c*) to enhance public awareness of the hazards of tobacco use by ensuring the effective communication of pertinent information to consumers of tobacco products.

The Regulatory Impact Analysis Statement, in the *Canada Gazette*, Part II, Vol. 127, No. 16, p. 3284, at p. 3285, which accompanied the regulations stated:

The increased number and revised format of the health messages reflect the strong consensus of the public health community that the serious health hazards of using these products be more fully and effectively communicated to consumers. Support for these changes has been manifested by hundreds of letters and a number of submissions by public health groups highly critical of the initial regulatory requirements under this legislation as well as a number of Departmental studies indicating their need.

été adoptées par des législatures démocratiquement élues et visent généralement le bien commun, par exemple: [. . .] protéger la santé [. . .] Il semble bien évident qu'une injonction interlocutoire dans la plupart des cas de suspension et, jusqu'à un certain point, comme nous allons le voir plus loin, dans un bon nombre de cas d'exemption, risque de contrecarrer temporairement la poursuite du bien commun. [Nous soulignons.]

Le règlement attaqué a été adopté conformément à l'art. 3 de la *Loi réglementant les produits du tabac* qui prévoit:

3. La présente loi a pour objet de s'attaquer, sur le plan législatif, à un problème qui, dans le domaine de la santé publique, est grave, urgent et d'envergure nationale et, plus particulièrement:

a) de protéger la santé des Canadiennes et des Canadiens compte tenu des preuves établissant de façon indiscutable un lien entre l'usage du tabac et de nombreuses maladies débilitantes ou mortelles;

b) de préserver notamment les jeunes, autant que faire se peut dans une société libre et démocratique, des incitations à la consommation du tabac et du tabagisme qui peut en résulter;

c) de mieux sensibiliser les Canadiennes et les Canadiens aux méfaits du tabac par la diffusion efficace de l'information utile aux consommateurs de celui-ci.

Le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation (*Gazette du Canada*, partie II, vol. 127, nº 16, p. 3284, à la p. 3285, qui accompagne le règlement précise:

L'augmentation du nombre des messages relatifs à la santé et la modification de la présentation de ces messages témoignent du consensus profond auquel sont parvenus les responsables de la santé publique, à savoir qu'il faut faire connaître de façon plus complète et plus efficace aux consommateurs les graves dangers de l'usage du tabac sur la santé. Des appuis pour les modifications réglementaires ont été exprimés dans des centaines de lettres et dans un certain nombre de mémoires présentés par des groupes du secteur de la santé publique, qui ont critiqué les premiers règlements adoptés en application de la loi, ainsi que dans un certain nombre d'études ministérielles soulignant la nécessité de ces modifications.

These are clear indications that the government passed the regulations with the intention of protecting public health and thereby furthering the public good. Further, both parties agree that past studies have shown that health warnings on tobacco product packages do have some effects in terms of increasing public awareness of the dangers of smoking and in reducing the overall incidence of smoking in our society. The applicants, however, argued strenuously that the government has not shown and cannot show that the specific requirements imposed by the impugned regulations have any positive public benefits. We do not think that such an argument assists the applicants at this interlocutory stage.

When the government declares that it is passing legislation in order to protect and promote public health and it is shown that the restraints which it seeks to place upon an industry are of the same nature as those which in the past have had positive public benefits, it is not for a court on an interlocutory motion to assess the actual benefits which will result from the specific terms of the legislation. That is particularly so in this case, where this very matter is one of the main issues to be resolved in the appeal. Rather, it is for the applicants to offset these public interest considerations by demonstrating a more compelling public interest in suspending the application of the legislation.

The applicants in these cases made no attempt to argue any public interest in the continued application of current packaging requirements rather than the new requirements. The only possible public interest is that of smokers' not having the price of a package of cigarettes increase. Such an increase is not likely to be excessive and is purely economic in nature. Therefore, any public interest in maintaining the current price of tobacco products cannot carry much weight. This is particularly so when it is balanced against the undeniable importance of the public interest in health and in the pre-

Ce qui a été cité indique clairement que le gouvernement a adopté le règlement en cause dans l'intention de protéger la santé publique et donc pour promouvoir le bien public. Par ailleurs, les deux parties ont reconnu que des études réalisées dans le passé ont démontré que les mises en garde apposées sur les emballages de produits du tabac produisent des résultats en ce qu'ils sensibilisent davantage le public aux dangers du tabagisme et contribuent à réduire l'usage général du tabac dans notre société. Toutefois, les requérantes ont soutenu avec vigueur que le gouvernement n'a pas établi et qu'il ne peut établir que les exigences spécifiques imposées par le règlement attaqué présentent des avantages pour le public. À notre avis, cet argument ne vient pas en aide aux requérantes à ce stade interlocutoire.

Si le gouvernement déclare qu'il adopte une loi pour protéger et promouvoir la santé publique et s'il est établi que les limites qu'il veut imposer à l'industrie sont de même nature que celles qui, dans le passé, ont eu des avantages concrets pour le public, il n'appartient pas à un tribunal saisi d'une requête interlocutoire d'évaluer les véritables avantages qui découleront des exigences particulières de la loi. Cela est d'autant plus vrai en l'espèce qu'il s'agit de l'une des questions principales à trancher en appel. Les requérantes doivent plutôt faire contrepoids à ces considérations d'intérêt public en établissant que la suspension de l'application de la loi serait davantage dans l'intérêt public.

En l'espèce, les requérantes n'ont pas tenté de faire valoir que l'intérêt public commande l'application continue des exigences actuelles en matière d'emballage plutôt que des nouvelles exigences. Il n'y a que la non-majoration du prix d'un paquet de cigarettes pour les fumeurs qui pourrait être dans l'intérêt public. Une telle majoration des prix ne sera vraisemblablement pas excessive et sera de nature purement économique. En conséquence, l'argument qu'il existe un intérêt pour le public à maintenir le prix actuel des produits du tabac ne peut avoir beaucoup de poids. Cela est tout particulièrement vrai lorsque ce facteur est examiné par rapport à l'importance incontestable de l'intérêt du

vention of the widespread and serious medical problems directly attributable to smoking.

The balance of inconvenience weighs strongly in favour of the respondent and is not offset by the irreparable harm that the applicants may suffer if relief is denied. The public interest in health is of such compelling importance that the applications for a stay must be dismissed with costs to the successful party on the appeal.

Applications dismissed.

Solicitors for the applicant RJR — MacDonald Inc.: Mackenzie, Gervais, Montreal.

Solicitors for the applicant Imperial Tobacco Inc.: Ogilvy, Renault, Montreal.

Solicitors for the respondent: Côté & Ouellet, Montreal.

Solicitors for the interveners on the application for interlocutory relief the Heart and Stroke Foundation of Canada, the Canadian Cancer Society, the Canadian Council on Smoking and Health, and Physicians for a Smoke-Free Canada: McCarthy, Tétrault, Toronto.

public dans la protection de la santé et la prévention de problèmes médicaux répandus et graves, directement attribuables à la cigarette.

La prépondérance des inconvénients est fortement en faveur de l'intimé et n'est pas contrebalancée par le préjudice irréparable que pourraient subir les requérantes si le redressement est refusé. L'intérêt public dans le domaine de la santé revêt une importance si impérieuse que les demandes de sursis doivent être rejetées avec dépens adjugés à la partie qui aura gain de cause en appel.

Demandes rejetées.

Procureurs de la requérante RJR — MacDonald Inc.: Mackenzie, Gervais, Montréal.

Procureurs de la requérante Imperial Tobacco Inc.: Ogilvy, Renault, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Côté & Ouellet, Montréal.

Procureurs des intervenants dans la demande de redressement interlocutoire la Fondation des maladies du cœur du Canada, la Société canadienne du cancer, le Conseil canadien sur le tabagisme et la santé et Médecins pour un Canada sans fumée: McCarthy, Tétrault, Toronto.

Harjinderpal Singh Nagra, also known as Harpal Singh Ghuman *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* NAGRA

File No.: 23582.

1994: March 15.

Present: Lamer C.J. and Sopinka, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Appellate court powers — Power to dismiss appeal against conviction where no substantial wrong or miscarriage of justice — Conviction of conspiracy to impersonate fraudulently and of procuring passport by making false statement — Jury not charged as to use acts and declarations of co-conspirators could be put — Whether Court of Appeal erred in dismissing appeal from conviction on ground that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(*b*)(iii).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 19 W.C.B. (2d) 309, 44 W.A.C. 81, dismissing an appeal from conviction by Wetmore J. Appeal allowed.

Michael Tammen, for the appellant.

Patricia J. Donald, for the respondent.

Harjinderpal Singh Nagra, également connu sous le nom de Harpal Singh Ghuman *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* NAGRA

Nº du greffe: 23582.

1994: 15 mars.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Pouvoirs d'une cour d'appel — Pouvoir de rejeter un appel contre une déclaration de culpabilité en l'absence de tort important ou d'erreur judiciaire grave — Déclaration de culpabilité de complot en vue de se faire passer frauduleusement pour une autre personne et d'obtention d'un passeport au moyen d'une fausse déclaration — Absence de directives au jury quant à l'usage qui pouvait être fait des actes et déclarations de coconspirateurs — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en rejetant un appel contre une déclaration de culpabilité pour le motif qu'il ne s'était produit aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)*b*)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 19 W.C.B. (2d) 309, 44 W.A.C. 81, qui a rejeté un appel contre une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Wetmore. Pourvoi accueilli.

Michael Tammen, pour l'appelant.

Patricia J. Donald, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J. — We need not hear from you Mr. Tammen. We are allowing the appeal. We are of the view that we do not think this is an appropriate case in which the provisos of s. 686(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, should have been applied.

Therefore, the appeal is allowed, the conviction is set aside and a new trial is ordered.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Peck & Tammen, Vancouver.

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

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Il ne sera pas nécessaire de vous entendre Me Tammen. Nous accueillons le pourvoi. Nous sommes d'avis qu'il ne s'agit pas d'un cas où il convenait d'appliquer les dispositions du sous-al. 686(1)*b*)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

En conséquence, le pourvoi est accueilli, la déclaration de culpabilité est annulée et un nouveau procès est ordonné.

Jugement en conséquence.

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

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

Jacques Bois *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* BOIS

File No.: 23353.

1994: March 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Sexual offences — Trial judge commenting on lack of corroboration and concluding that test for indecent assault subjective — Trial judge excluding psychologist's evidence — Order for new trial upheld.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, J.E. 92-1675, 18 W.C.B. (2d) 117, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on charges of indecent assault and sexual assault and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Michel Croteau, for the appellant.

Anne Couture, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

LAMER C.J. — This is an appeal as of right.

We are all of the view, for the reasons given by Gendreau J.A. of the Quebec Court of Appeal, that this appeal should be dismissed. We note that at the new trial it will be up to the Crown to have the psychologist qualify as an expert witness so that her testimony will be admissible, still subject, of course, to any other exclusion of evidence rules

Jacques Bois *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* BOIS

N° du greffe: 23353.

1994: 16 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Juge du procès commentant l'absence de corroboration et concluant qu'un critère subjectif est applicable à l'attentat à la pudeur — Exclusion par le juge du procès du témoignage d'une psychologue — Ordonnance de nouveau procès maintenue.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, J.E. 92-1675, 18 W.C.B. (2d) 117, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre le verdict d'acquittement de l'accusé prononcé relativement à des accusations d'attentat à la pudeur et d'agression sexuelle, et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Michel Croteau, pour l'appelant.

Anne Couture, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Il s'agit d'un appel de plein droit.

Nous sommes tous d'avis, et ce pour les motifs du juge Gendreau de la Cour d'appel du Québec, de rejeter ce pourvoi. Nous notons que lors du nouveau procès, il restera à la Couronne de faire qualifier la psychologue comme témoin expert pour que son témoignage soit admissible, toujours sujet, bien entendu, aux autres règles d'exclusion de

that might apply to her testimony, depending on its nature.

The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Gaulin, Croteau & Associés, Québec.

Solicitor for the respondent: Anne Couture, Québec.

preuve qui pourraient, de façon ponctuelle, s'appliquer à son témoignage selon la nature de celui-ci.

Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Gaulin, Croteau & Associés, Québec.

Procureur de l'intimée: Anne Couture, Québec.

John Earl Miller *Appellant*

v.

Mariea Cooper *Respondent*

and

Confederation Life Insurance Company, The Great-West Life Assurance Company and London Life Insurance Company *Interveners*

and between

Samuel H. Shanks *Appellant*

v.

Thomas Harry McNee and Beverly Ann McNee *Respondents*

and between

Thomas Harry McNee and Beverly Ann McNee *Appellants*

v.

Samuel H. Shanks *Respondent*

and

Confederation Life Insurance Company, The Great-West Life Assurance Company and London Life Insurance Company *Interveners*

and between

Bradwell Henry Cunningham *Appellant*

v.

Cherylee Lyn Wheeler and Edward Kenneth Wheeler *Respondents*

John Earl Miller *Appelant*

c.

Mariea Cooper *Intimée*

et

La Confédération, Compagnie d'assurance-vie, La Great-West, Compagnie d'assurance-vie et La London Life, Compagnie d'assurance-vie *Intervenantes*

et entre

Samuel H. Shanks *Appelant*

c.

Thomas Harry McNee et Beverly Ann McNee *Intimés*

et entre

Thomas Harry McNee et Beverly Ann McNee *Appelants*

c.

Samuel H. Shanks *Intimé*

et

La Confédération, Compagnie d'assurance-vie, La Great-West, Compagnie d'assurance-vie et La London Life, Compagnie d'assurance-vie *Intervenantes*

et entre

Bradwell Henry Cunningham *Appelant*

c.

Cherylee Lyn Wheeler et Edward Kenneth Wheeler *Intimés*

and

Confederation Life Insurance Company, The Great-West Life Assurance Company and London Life Insurance Company *Interveners*

INDEXED AS: CUNNINGHAM *v.* WHEELER; COOPER *v.* MILLER; SHANKS *v.* MCNEE

File Nos.: 22860, 22863, 22867.

1993: November 4; 1994: March 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Torts — Negligence — Compensation — Plaintiffs receiving compensation for lost wages under employment plans — Whether compensation received should be deducted from amount recovered for loss of wages from tortfeasor — Whether amount recovered for lost wages should be reduced by amount of income tax which would have been payable on wages.

In *Cunningham v. Wheeler* the plaintiff was injured when he was struck by a car. While he was off work he collected disability benefits pursuant to a collective agreement with his employer. No deductions were made from his pay for these benefits, but the hourly wage package was made up of an hourly rate of pay together with collateral benefits. Disability benefits recovered from the defendants did not have to be paid either to the employer or to the insurance company managing the plan. The trial judge held that the payments should not be deducted in calculating the amount payable by the defendants for the wages lost by the plaintiff as a result of his injuries, as the plaintiff had established that the indemnity benefits were paid for by him as part of his wage package. The Court of Appeal reversed the judgment. It determined that since there was no subrogation right in the employer, and the direct funding for the disability benefits came from the employer, the plan was not in the nature of a private insurance policy and the funds received should be deducted from the damage award.

et

La Confédération, Compagnie d'assurance-vie, La Great-West, Compagnie d'assurance-vie et La London Life, Compagnie d'assurance-vie *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ: CUNNINGHAM *c.* WHEELER; COOPER *c.* MILLER; SHANKS *c.* MCNEE

Nos du greffe: 22860, 22863, 22867.

1993: 4 novembre; 1994: 17 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Responsabilité délictuelle — Négligence — Indemnisation — Demandeurs ayant été indemnisés de pertes de salaire conformément à des régimes d'indemnisation des travailleurs — Les indemnités reçues doivent-elles être déduites du montant obtenu de l'auteur d'un délit civil pour le salaire perdu? — Faut-il retrancher du montant obtenu pour perte de salaire le montant d'impôt sur le revenu qui aurait dû être payé sur le salaire?

Dans *Cunningham c. Wheeler*, le demandeur a été blessé quand il a été heurté par une automobile. Pendant son absence du travail, il a touché des prestations d'invalidité conformément aux dispositions d'une convention collective conclue avec son employeur. Aucune déduction n'était faite sur son salaire pour le régime d'invalidité, mais la rémunération horaire globale était composé du taux de salaire horaire et des autres avantages. Le demandeur n'était pas tenu de rembourser à son employeur ou à la compagnie d'assurances qui gérait le régime les prestations d'invalidité obtenues des défendeurs. Le juge de première instance a conclu que les prestations ne devraient pas être déduites dans le calcul du montant payable par les défendeurs pour la perte de salaire subie par le demandeur par suite de ses blessures, car le demandeur avait démontré qu'il avait lui-même payé les prestations d'invalidité sur sa rémunération globale. La Cour d'appel a infirmé le jugement. Elle a statué que, étant donné que l'employeur n'avait aucun droit de subrogation et qu'il finançait directement le régime d'invalidité, celui-ci n'équivalait pas à une police d'assurance privée et que les sommes reçues devraient être déduites du montant des dommages-intérêts accordés.

In *Cooper v. Miller* the plaintiff was injured in a motor vehicle accident. She was unable to return to work and was still totally disabled three years after the accident. Under a collective agreement she received short-term disability benefits and was entitled to further sums post-trial if her disability continued. Her share of the cost of the short-term and long-term disability plans was 30 percent, paid by means of deductions from her pay. She was not obliged to repay the short-term disability benefits either to her employer or to the insurance carrier. The trial judge held that her benefits should not be deducted from her recovery for lost wages from the defendant. He was of the view that even though there was no subrogation provision, she came within the category of those who had bought insurance because she paid 30 percent of the premium cost. The Court of Appeal upheld the judgment.

In *Shanks v. McNee*, the plaintiff was injured in a motor vehicle accident in 1988 and was unable to return to work for approximately two years. Under his collective agreement, he was a member of both a short-term and a long-term disability plan. From 1986 to 1988, the long-term plan was funded 70 percent by the employer and 30 percent by the employee through payroll deductions. In the 1988 through 1991 collective agreement the percentages were changed to 50 percent paid by the employer and 50 percent paid by the employee. There was no payroll deduction for the short-term disability plan, but under the collective agreement the employee's share of the unemployment insurance premium reduction resulting from the provision of the disability benefits was retained by the employer as payment for the plan. There was a subrogation clause in the long-term disability plan, but not in the short-term plan. The plaintiff received benefits under both plans. These were not deducted from the amount the defendants were ordered to pay for lost wages, since the trial judge found that the disability payments were in the nature of insurance the plaintiff had paid for as an employee. He further held that there was to be no deduction for the income tax which would have been paid on the lost wages if the plaintiff had received them while he was working. The Court of Appeal upheld the judgment with respect to the long-term disability benefits and the taking into account of income tax, but held that the short-term benefits should be deducted since there was no direct contribu-

Dans *Cooper c. Miller*, la demanderesse a été blessée dans un accident de la circulation. Elle n'a pas pu retourner au travail et était encore complètement invalide trois ans après l'accident. Conformément aux dispositions d'une convention collective, elle a reçu des prestations d'invalidité de courte durée et avait droit au versement d'autres sommes après le procès si son invalidité persistait. La quote-part de la demanderesse pour chacun des régimes de prestations d'invalidité de courte durée et de longue durée était fixée à 30 pour 100 et était retenue à la source. Elle n'était pas tenue de rembourser les prestations d'invalidité de courte durée à son employeur ou à l'assureur. Le juge de première instance a statué que ses prestations ne devraient pas être déduites de l'indemnité payée par le défendeur pour le salaire perdu. Il était d'avis que, même s'il n'existait aucune clause de subrogation, la demanderesse entrait dans la catégorie des souscripteurs d'assurance parce qu'elle avait payé 30 pour 100 du coût de l'assurance. La Cour d'appel a confirmé le jugement.

Dans *Shanks c. McNee*, le demandeur a été blessé dans un accident de la circulation en 1988 et a été incapable de travailler pendant environ deux ans. Conformément aux dispositions de sa convention collective, il participait à la fois à un régime d'invalidité de courte durée et à un régime de longue durée. De 1986 à 1988, le régime d'invalidité de longue durée était financé de la manière suivante: 70 pour 100 par l'employeur et 30 pour 100 par l'employé, dont les cotisations étaient retenues à la source. Dans la convention collective applicable de 1988 à 1991, les quotes-parts de l'employeur et de l'employé sont passées à 50 pour 100 chacune. Aucune retenue à la source n'était faite pour le régime d'invalidité de courte durée, mais en vertu de la convention collective, l'employeur devait retenir à titre de paiement pour le régime la part de l'employé correspondant à la réduction du taux de cotisation au régime d'assurance-chômage découlant du versement de prestations d'invalidité. Le régime d'invalidité de longue durée comportait une clause de subrogation, mais non celui de courte durée. Le demandeur a touché des prestations en vertu des deux régimes. Celles-ci n'ont pas été déduites du montant que les défendeurs ont dû payer au titre du salaire perdu, étant donné que le juge de première instance a conclu que le régime d'invalidité équivalait à une assurance que le demandeur avait payée en tant qu'employé. Il a en outre statué qu'aucune déduction ne devrait être faite pour l'impôt sur le revenu que le demandeur aurait payé s'il avait reçu ce salaire pendant qu'il travaillait. La Cour d'appel a confirmé le jugement relativement aux prestations d'invalidité de longue durée et à la prise en compte de l'impôt sur le revenu,

tion by the employee and there was no subrogation clause pertaining to those benefits.

Held (La Forest, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting): The appeal in *Cunningham v. Wheeler* should be allowed; the appeal in *Cooper v. Miller* should be dismissed; the appeal by the plaintiff in *Shanks v. McNee* with respect to the deductibility of the short-term benefits should be allowed.

Held: The cross-appeal by the defendants in *Shanks v. McNee* with respect to the deductibility of the long-term benefits and the taking into account of income tax should be dismissed.

Per Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: While the plaintiff in a tort action is not generally entitled to a double recovery for any loss arising from the injury, the disability benefits obtained by the plaintiff in *Cunningham v. Wheeler* as a result of his collective bargaining agreement are in the nature of a private policy of insurance and so should not be deducted from the claim for lost wages under the private insurance exception introduced in *Bradburn*. The insurance exception should apply where disability benefits are obtained not privately but pursuant to a collective agreement. Since the benefits at issue here were bargained for and obtained as a result of a reduction in the hourly rate of pay, they were obtained and paid for by the plaintiff just as much as if he had bought and privately paid for a disability insurance policy. In order to show that the benefits are in the nature of insurance, there must be evidence adduced of some type of consideration given up by the employee in return for the benefit. The application of the insurance exception to benefits received under a contract of employment should not be limited to cases where the plaintiff is a member of a union and bargains collectively. Benefits received under the employment contracts of non-unionized employees will also be non-deductible if proof is provided of payment in some manner by the employee for the benefits. Evidence that the employer takes the cost of benefits into account in determining wages would adequately establish that the employee contributed by way of a trade-off against higher wages.

The disability benefits in *Cooper v. Miller* were also clearly in the nature of an insurance policy and therefore

mais elle a conclu que les prestations de courte durée devraient être déduites vu que l'employé ne participait pas directement à ce régime et qu'il ne comportait aucune clause de subrogation relativement à ces prestations.

Arrêt (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi *Cunningham c. Wheeler* est accueilli; le pourvoi *Cooper c. Miller* est rejeté; le pourvoi formé par le demandeur dans *Shanks c. McNee* relativement à la déductibilité des prestations de courte durée est accueilli.

Arrêt: Le pourvoi incident formé par les défendeurs dans *Shanks c. McNee* relativement à la déductibilité des prestations de longue durée et à la prise en compte de l'impôt sur le revenu est rejeté.

Les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: Bien que le demandeur dans une action en responsabilité délictuelle n'ait pas droit à une double indemnisation pour les pertes découlant du préjudice, les prestations d'invalidité obtenues par le demandeur dans *Cunningham c. Wheeler* en vertu de sa convention collective équivalent à une police d'assurance privée et ne devraient pas être déduites du montant réclamé pour le salaire perdu en vertu de l'exception visant les assurances privées reconnue dans *Bradburn*. L'exception visant les assurances devrait s'appliquer lorsque les prestations d'invalidité sont versées en vertu non pas d'un contrat privé mais d'une convention collective. Vu que, en l'espèce, les avantages ont fait l'objet de négociations et ont été obtenus en échange d'une réduction du taux de salaire horaire, le demandeur les a donc obtenus et payés comme s'il avait lui-même souscrit et payé une police d'assurance-invalidité. Pour établir que le régime d'invalidité équivaut à une police d'assurance, il faut fournir la preuve d'une certaine forme de contrepartie de la part de l'employé en échange des avantages qui lui ont été conférés. L'exception visant les assurances ne devrait pas s'appliquer aux avantages conférés en vertu d'un contrat de travail seulement lorsque le demandeur est syndiqué et négocie collectivement. Les prestations reçues par un employé non syndiqué en vertu de son contrat de travail seront également non déductibles s'il est démontré que l'employé a d'une certaine manière payé les avantages conférés. La preuve que l'employeur tient compte du coût des avantages conférés dans le calcul de la rémunération suffira à établir que l'employé a fourni sa part en faisant un compromis et en renonçant à un salaire plus élevé.

Il est également évident que, dans *Cooper c. Miller*, le régime d'invalidité équivalait à une police d'assurance

should not be deducted from the lost wages recovered from the defendant. While the plaintiff paid only 30 percent of the cost of the benefits by means of deductions from her pay, whatever sums the employer contributed to fringe benefits such as the disability payments were deducted from the total hourly wage that would otherwise have been paid to the employee, and the entire cost of the benefits was thus in fact paid by the employee.

Both the long-term and the short-term disability benefits in *Shanks v. McNee* were in the nature of an insurance paid for by the employee and should not have been deducted. While no evidence was called as to the collective bargaining process whereby the hourly wage rate was reduced in exchange for the provision of the collateral benefits such as these, it can be inferred from the fact that the contract containing the short-term disability plan was arrived at after a lengthy strike that there must have been trade-offs made by the employees in return for the collateral benefits which were received. In any event, there is evidence of a direct contribution by the plaintiff to both the long-term and the short-term benefits in this case. There was a payroll deduction made for the employee's contribution to the long-term disability plan, and the employee agreed to give up to the employer the return of the unemployment insurance premiums for the short-term disability plan. Generally, subrogation has no relevance in a consideration of the deductibility of the disability benefits if they are found to be in the nature of insurance. If the benefits are not shown to fall within the insurance exception, then they must be deducted from the wage claim that is recovered, unless the third party who paid the benefits has a right of subrogation. Finally, the plaintiff's damages for lost income should not be reduced by the amount of tax which would have been payable had they been earned as income.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. (dissenting in part): The plaintiff in a tort action is entitled to recover to the full extent of the loss, and no more. Double recovery is not generally permitted. This case does not fall within the private insurance exception introduced in *Bradburn*, which should not be extended to benefits paid under employment contracts. Contribution by the plaintiff to a benefits plan does not avoid the prohibition against double recovery. As a matter of logic, the fact that a plaintiff may lose the benefit of having made a contribution does not affect the fact that, to the extent a loss is made good by the plan, the plaintiff et que les prestations ne devraient donc pas être déduites de la somme versée par le défendeur à titre d'indemnité pour le salaire perdu. Bien que la demanderesse ait assumé seulement 30 pour 100 du coût du régime au moyen de retenues à la source, toutes les sommes payées par l'employeur pour les avantages sociaux, comme le régime d'invalidité, ont été défalquées du salaire horaire total qui aurait autrement été versé à l'employée et c'est donc l'employée qui a en réalité payé la totalité du coût des avantages conférés.

Dans *Shanks c. McNee*, les prestations d'invalidité de longue durée et celles de courte durée équivalaient à une assurance payée par l'employé et n'auraient pas dû être déduites. Bien qu'aucune preuve n'ait été produite quant au processus de négociation collective qui a donné lieu à une réduction du taux de salaire horaire en échange de tels avantages parallèles, on peut conclure du fait que le contrat prévoyant le régime d'invalidité de courte durée a été conclu après une longue grève que les employés doivent avoir fait des concessions en échange des avantages parallèles qu'ils ont reçus. Quoi qu'il en soit, la preuve indique que le demandeur en l'espèce a participé directement au régime d'invalidité de longue durée ainsi qu'à celui de courte durée. Des retenues à la source étaient faites dans le cas du régime d'invalidité de longue durée, et l'employé a accepté de céder à l'employeur le remboursement des cotisations d'assurance-chômage dans le cas du régime d'invalidité de courte durée. En règle générale, la question de la subrogation n'est pas pertinente lors de l'examen de la déductibilité de prestations d'invalidité s'il est jugé que le régime dont elles découlent équivaut à une assurance. S'il n'est pas démontré que les prestations sont visées par l'exception applicable aux assurances, elles devront être déduites de l'indemnité accordée pour le salaire perdu, à moins que le tiers qui verse les prestations ait un droit de subrogation. Enfin, aucune somme correspondant à l'impôt que le demandeur aurait dû payer sur son revenu s'il l'avait gagné ne devrait être déduite des dommages-intérêts qui lui ont été accordés pour sa perte de revenu.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin (dissidents en partie): Dans une action en responsabilité délictuelle, le demandeur a le droit d'être indemnisé pleinement dans la mesure de sa perte, sans plus. En général, la double indemnisation n'est pas permise. La présente affaire n'est pas visée par l'exception visant les assurances privées reconnue dans *Bradburn*, laquelle ne devrait pas s'appliquer aux prestations payées en vertu de contrats de travail. La contribution du demandeur à un régime de prestations n'écarte pas l'interdiction de la double indemnisation. Du point de vue de la logique, même s'il est possible que le demandeur perde les avan-

tiff in fact suffers no parallel loss recoverable against the defendant under tort principles. The law reflects this logic in that it has consistently refused to compensate a plaintiff because he or she took precautions which minimized the loss flowing from the negligent act.

It is far from clear that the difference between the damages payable without deduction of collateral benefits received from employment plans and damages payable with deduction would have any effect on negligent conduct. Moreover, even if some connection between non-deduction of employment benefits from damage awards and deterring negligent conduct could be established, deterrence alone is not a valid basis upon which to justify increasing damages. Since a plaintiff who has been compensated for lost earnings by an employment benefits plan has suffered no loss to the extent of those benefits, it is not a question of who will bear the loss. Nor is this a case of the tortfeasor unjustly benefiting at the plaintiff's expense. The plaintiff contributes regardless of whether or not the accident occurs, and the tortfeasor does not benefit, in any usual sense of the word, since he or she pays the actual measure of the plaintiff's loss.

Where the employer or insurer who pays the wage benefit recovers the damages allocated to lost wages from the employee by way of subrogation, there is no double recovery. The burden is properly placed on the tortfeasor rather than the employee or insurance company. Since rights of subrogation appear to be exercised rarely, the best approach is a regime of deductibility of employment plan benefits, subject to the plaintiff's right to claim the benefits if it is established that they will be paid over to the subrogated third party. The only exceptions that should be endorsed are charity and cases of non-indemnity insurance or pensions. Since the benefits under the plans at issue in all three cases were paid in lieu of wages to the plaintiffs, they must be brought into account in calculating damages. The plaintiff's long-term disability benefits in *Shanks v. McNee* should not

tages que lui avait assurés sa contribution, il n'en demeure pas moins que, dans la mesure où la perte est compensée par le régime, le demandeur ne subit en réalité aucune perte parallèle dont il peut réclamer un dédommagement au défendeur en vertu des principes de la responsabilité délictuelle. Le droit reflète cette logique, en ce sens qu'il a toujours refusé qu'un demandeur soit indemnisé parce qu'il avait pris des précautions qui ont limité la perte découlant de l'acte négligent.

Il est loin d'être évident que la différence qui peut exister entre les dommages-intérêts payables sans déduction des prestations parallèles reçues en vertu de régimes d'emploi et ceux payables après déduction de ces sommes aurait un effet quelconque sur les comportements négligents. De plus, même si on pouvait établir un certain lien entre la non-déduction des prestations d'emploi des sommes accordées à titre de dommages-intérêts et son effet dissuasif sur les comportements négligents, la dissuasion n'est pas en soi un motif valable qui justifie l'augmentation des dommages-intérêts. Comme le demandeur qui, en vertu d'un régime de prestations d'emploi, a été dédommagé de sa perte de salaire n'a en réalité subi aucune perte dans la mesure de ces prestations, il ne s'agit pas de déterminer qui supportera la perte. Il ne s'agit pas non plus d'un cas où l'auteur du délit civil est avantagé injustement aux dépens du demandeur. Le demandeur contribue au régime, qu'un accident se produise ou non, et l'auteur du délit civil n'est pas avantagé, au sens habituel de ce terme, car il paie le montant réel de la perte du demandeur.

Si l'employeur ou l'assureur qui paie les prestations sous forme de salaire recouvre de l'employé, par voie de subrogation, les dommages-intérêts attribués pour la perte de salaire, il n'y a pas double indemnisation. Le fardeau est à juste titre imposé à l'auteur du délit civil plutôt qu'à l'employé ou à la compagnie d'assurances. Comme il semble que les droits de subrogation soient rarement exercés, la meilleure solution est la déductibilité des prestations versées en vertu d'un régime d'emploi, sous réserve du droit du demandeur de réclamer les prestations s'il est démontré qu'elles seront versées au tiers subrogé. Les seules exceptions qui devraient être reconnues sont les dons de charité et les pensions ou les assurances à caractère non indemnitaire. Vu que les prestations versées en vertu des régimes dont il est question dans les trois pourvois ont été payées aux demandeurs en remplacement de leurs salaires, il faut en tenir compte dans le calcul des dommages-intérêts. Dans *Shanks c. McNee*, les prestations d'invalidité de longue durée reçues par le demandeur ne devraient toutefois pas

be deducted, however, because the employer was subrogated to them.

Cases Cited

By Cory J.

Considered: *Ratych v. Bloomer*, [1990] 1 S.C.R. 940; **referred to:** *Bradburn v. Great Western Rail Co.*, [1874-80] All E.R. Rep. 195; *Shearman v. Folland*, [1950] 1 All E.R. 976; *Parry v. Cleaver*, [1969] 1 All E.R. 555; *Browning v. War Office*, [1962] 3 All E.R. 1089; *Hussain v. New Taplow Paper Mills Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 541; *Tubb v. Lief*, [1932] 3 W.W.R. 245; *Dawson v. Sawatzky*, [1946] 1 W.W.R. 33; *Bourgeois v. Tzrop* (1957), 9 D.L.R. (2d) 214; *Boarelli v. Flannigan*, [1973] 3 O.R. 69; *Chan v. Butcher*, [1984] 4 W.W.R. 363; *Canadian Pacific Ltd. v. Gill*, [1973] S.C.R. 654; *Guy v. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 756; *Cirella v. The Queen*, [1978] 2 F.C. 195; *The Queen v. Jennings*, [1966] S.C.R. 532; *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *British Transport Commission v. Gourley*, [1956] A.C. 185; *National Insurance Co. of New Zealand v. Espagne* (1961), 105 C.L.R. 569; *O'Brien v. McKean* (1968), 118 C.L.R. 540.

By McLachlin J. (dissenting in part)

Livingstone v. Rawyards Coal Co. (1880), 5 App. Cas. 25; *Hodgson v. Trapp*, [1988] 3 W.L.R. 1281; *Bradburn v. Great Western Railway Co.* (1874), L.R. 10 Ex. 1; *Canadian Pacific Ltd. v. Gill*, [1973] S.C.R. 654; *Guy v. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 756; *Parry v. Cleaver*, [1969] 1 All E.R. 555; *Ratych v. Bloomer*, [1990] 1 S.C.R. 940; *Hussain v. New Taplow Paper Mills Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 541; *Graham v. Baker* (1961), 106 C.L.R. 340; *The Propeller Monticello v. Mollison*, 58 U.S. (17 How.) 152 (1854); *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1608, 2474.
Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 267.

Authors Cited

Brown, Craig, and Julio Menezes. *Insurance Law in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991.
David, Hillel. "Collateral Benefits: Ratych v. Bloomer" (1990), 12 *Advocates' Q.* 124.
David, Hillel. "An Update on Collateral Benefits: Ratych v. Bloomer" (1992), 14 *Advocates' Q.* 221.

être déduites parce qu'il y a eu subrogation de l'employeur.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêt examiné: *Ratych c. Bloomer*, [1990] 1 R.C.S. 940; **arrêts mentionnés:** *Bradburn c. Great Western Rail Co.*, [1874-80] All E.R. Rep. 195; *Shearman c. Folland*, [1950] 1 All E.R. 976; *Parry c. Cleaver*, [1969] 1 All E.R. 555; *Browning c. War Office*, [1962] 3 All E.R. 1089; *Hussain c. New Taplow Paper Mills Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 541; *Tubb c. Lief*, [1932] 3 W.W.R. 245; *Dawson c. Sawatzky*, [1946] 1 W.W.R. 33; *Bourgeois c. Tzrop* (1957), 9 D.L.R. (2d) 214; *Boarelli c. Flannigan*, [1973] 3 O.R. 69; *Chan c. Butcher*, [1984] 4 W.W.R. 363; *Canadian Pacific Ltd. c. Gill*, [1973] R.C.S. 654; *Guy c. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 756; *Cirella c. La Reine*, [1978] 2 C.F. 195; *The Queen c. Jennings*, [1966] R.C.S. 532; *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *British Transport Commission c. Gourley*, [1956] A.C. 185; *National Insurance Co. of New Zealand c. Espagne* (1961), 105 C.L.R. 569; *O'Brien c. McKean* (1968), 118 C.L.R. 540.

Citée par le juge McLachlin (dissidente en partie)

Livingstone c. Rawyards Coal Co. (1880), 5 App. Cas. 25; *Hodgson c. Trapp*, [1988] 3 W.L.R. 1281; *Bradburn c. Great Western Railway Co.* (1874), L.R. 10 Ex. 1; *Canadian Pacific Ltd. c. Gill*, [1973] R.C.S. 654; *Guy c. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 756; *Parry c. Cleaver*, [1969] 1 All E.R. 555; *Ratych c. Bloomer*, [1990] 1 R.C.S. 940; *Hussain c. New Taplow Paper Mills Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 541; *Graham c. Baker* (1961), 106 C.L.R. 340; *The Propeller Monticello c. Mollison*, 58 U.S. (17 How.) 152 (1854); *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1608, 2474.
Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 267.

Doctrine citée

Brown, Craig, and Julio Menezes. *Insurance Law in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991.
David, Hillel. «Collateral Benefits: Ratych v. Bloomer» (1990), 12 *Advocates' Q.* 124.
David, Hillel. «An Update on Collateral Benefits: Ratych v. Bloomer» (1992), 14 *Advocates' Q.* 221.

Dougans, Gillian. "Collateral Benefits: Some Further Thoughts" (1991), 49 *Advocate* 43.

Flaherty, James M. "A Purposeful Uniform Collateral Benefits Rule" (1991), 3 *C.I.L.R.* 1.

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 8th ed. Sydney: Law Book Co., 1992.

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.

Ontario. Law Reform Commission. *Report on Compensation for Personal Injuries and Death*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1987.

Ontario. *Report of Inquiry into Motor Vehicle Accident Compensation in Ontario*, vol. 1. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1988.

Québec. *Code civil du Québec: Commentaires du ministre de la Justice*. Montréal: DACFO Inc., 1993.

Shuman, Daniel W. "The Psychology of Deterrence in Tort Law" (1993), 42 *Kan. L. Rev.* 115.

Taylor, Christopher A. "When is a Loss Not a Loss?: The Deductibility of Collateral Benefits After Ratych v. Bloomer" (1990), 12 *Advocates' Q.* 231.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1991), 64 B.C.L.R. (2d) 62, [1992] 3 W.W.R. 258, 95 D.L.R. (4th) 655, 6 B.C.A.C. 268, 13 W.A.C. 268, reversing a decision of Anderson J. (1990), 23 A.C.W.S. (3d) 296 in *Cunningham v. Wheeler*, affirming a decision of Hutchison J. in *Cooper v. Miller* and reversing in part a decision of Tyrwhitt-Drake J. in *Shanks v. McNee*. Appeal in *Cunningham v. Wheeler* allowed, appeal in *Cooper v. Miller* dismissed and appeal by plaintiff in *Shanks v. McNee* with respect to deductibility of short-term benefits allowed. La Forest, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. are dissenting. Cross-appeal by defendants in *Shanks v. McNee* with respect to deductibility of long-term benefits and taking into account of income tax dismissed.

Mark M. Skorah, *Guy Brown* and *Cheryl Talbot*, for the appellant John Earl Miller, the appellants/respondents Thomas Harry McNee and Beverly Ann McNee and the respondents Cherylee Lyn Wheeler and Edward Kenneth Wheeler.

Kenneth W. Thompson, for the respondent Mariea Cooper.

Dougans, Gillian. «Collateral Benefits: Some Further Thoughts» (1991), 49 *Advocate* 43.

Flaherty, James M. «A Purposeful Uniform Collateral Benefits Rule» (1991), 3 *C.I.L.R.* 1.

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 8th ed. Sydney: Law Book Co., 1992.

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.

Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on Compensation for Personal Injuries and Death*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1987.

Ontario. *Report of Inquiry into Motor Vehicle Accident Compensation in Ontario*, vol. 1. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1988.

Québec. *Code civil du Québec: Commentaires du ministre de la Justice*. Montréal: DACFO Inc., 1993.

Shuman, Daniel W. «The Psychology of Deterrence in Tort Law» (1993), 42 *Kan. L. Rev.* 115.

Taylor, Christopher A. «When is a Loss Not a Loss?: The Deductibility of Collateral Benefits After Ratych v. Bloomer» (1990), 12 *Advocates' Q.* 231.

POURVOIS contre un jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1991), 64 B.C.L.R. (2d) 62, [1992] 3 W.W.R. 258, 95 D.L.R. (4th) 655, 6 B.C.A.C. 268, 13 W.A.C. 268, qui a renversé la décision du juge Anderson (1990), 23 A.C.W.S. (3d) 296 dans *Cunningham c. Wheeler*, confirmé la décision du juge Hutchison dans *Cooper c. Miller* et infirmé en partie la décision du juge Tyrwhitt-Drake dans *Shanks c. McNee*. Pourvoi *Cunningham c. Wheeler* accueilli, pourvoi *Cooper c. Miller* rejeté et pourvoi formé par le demandeur dans *Shanks c. McNee* relativement à la déductibilité des prestations de courte durée accueilli. Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidents. Pourvoi incident formé par les défendeurs dans *Shanks c. McNee* relativement à la déductibilité des prestations de longue durée et à la prise en compte de l'impôt sur le revenu rejeté.

Mark M. Skorah, *Guy Brown* et *Cheryl Talbot*, pour l'appelant John Earl Miller, les appelants/intimés Thomas Harry McNee et Beverly Ann McNee et les intimés Cherylee Lyn Wheeler et Edward Kenneth Wheeler.

Kenneth W. Thompson, pour l'intimée Mariea Cooper.

John F. Carten, for the appellant/respondent Samuel H. Shanks.

Richard Sugden and *Robin N. McFee*, for the appellant Bradwell Henry Cunningham.

P. G. Foy and *C. A. Arthurs*, for the interveners.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting in part) —

Introduction

Shanks, Cunningham and Cooper were injured in separate accidents. As a result of those injuries, they each missed periods of work. Each received compensation for wages lost under a plan established pursuant to the collective agreement between their employer and their union. Shanks made no contribution to one of the plans under which his lost earnings were paid, but contributed 50 percent of the cost to a second plan. Cunningham made no contributions; his benefit was entirely underwritten by his employer, although it was administered by Aetna Insurance. Cooper contributed to both plans through deductions from her pay cheque.

Shanks, Cunningham and Cooper each brought an action in tort against the person who had caused the accident that injured them. In those actions, each of them made a claim for the full amount of wages that would have been paid to them in the time they were unable to work. They each take the position that they are entitled to recover from the tortfeasor the full amount of their lost wages without any deduction for the fact that they had already received compensation under their employment plan for at least a portion of those wages.

The defendant tortfeasors object. They take the position that the plaintiffs are entitled to recover only what they have actually lost. They say the

John F. Carten, pour l'appelant/intimé Samuel H. Shanks.

Richard Sugden et *Robin N. McFee*, pour l'appelant Bradwell Henry Cunningham.

P. G. Foy et *C. A. Arthurs*, pour les intervenantes.

Version française des motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente en partie) —

Introduction

Shanks, Cunningham et Cooper ont subi des blessures dans des accidents distincts et ils ont en conséquence dû s'absenter de leur travail pendant une certaine période. En vertu du régime établi conformément à la convention collective qui liait leur employeur et leur syndicat respectifs, chacun a été indemnisé de ses pertes de salaire. Shanks n'a versé aucune cotisation pour l'un des régimes en vertu duquel son revenu perdu lui a été payé; il a toutefois payé 50 pour 100 des cotisations à un second régime. Cunningham n'a versé aucune cotisation; son employeur souscrivait la totalité du régime, mais il était administré par Aetna Insurance. Cooper a participé aux deux régimes par des retenues à la source sur sa paye.

Shanks, Cunningham et Cooper ont respectivement intenté une action en responsabilité délictuelle contre les personnes qui ont causé les accidents au cours desquels ils ont été blessés. Ils ont chacun réclamé la totalité du salaire qui leur aurait été versé au cours de la période pendant laquelle ils ont été incapables de travailler. Tous soutiennent qu'ils ont le droit d'obtenir de l'auteur du délit civil une somme représentant la totalité du salaire qu'ils ont perdu sans déduction de l'indemnité qu'ils avaient déjà reçue en vertu de leur régime de travail et qui représentait une fraction au moins de ce salaire.

Les auteurs de délits civils défendeurs s'y opposent. Ils soutiennent que les demandeurs n'ont le droit d'être indemnisés que de leur perte réelle. Ils

plaintiffs should not be allowed to recover their lost wages twice and end up in a better financial position than would have been the case had the accident never occurred.

These appeals require this Court to consider the question of whether benefits received as indemnity for lost wages under wage schemes should be taken into account in calculating damages in a subsequent tort action. My colleague, Justice Cory, concludes that plaintiffs who have been indemnified for a loss should nevertheless be able to recover for the same loss from the defendant, provided there is evidence of "some type of consideration given up by the employee in return for the benefit" (p. 407). With respect, I cannot agree. In my view, a plaintiff who has been indemnified for a loss cannot claim it over again from the tortfeasor. Principle, precedent and policy all point to this conclusion, as I see it.

A. The Fundamental Principle

Full and Fair Compensation Without Double Recovery

The fundamental principle is that the plaintiff in an action for negligence is entitled to a sum of damages which will return the plaintiff to the position the plaintiff would have been in had the accident not occurred, in so far as money is capable of doing this. This goal was expressed in the early cases by the maxim *restitutio in integrum*. The plaintiff is entitled to full compensation and is not to be denied recovery of losses which he has sustained: *Livingstone v. Rawyards Coal Co.* (1880), 5 App. Cas. 25 (H.L.), at p. 39, *per* Lord Blackburn. It has been affirmed repeatedly by Canadian courts and once again in more recent times by the House of Lords: ". . . the basic rule is that it is the net consequential loss and expense which the court must measure": *Hodgson v. Trapp*, [1988] 3 W.L.R. 1281, at p. 1286. At the same time, the compensation must be fair to both the plaintiff and

affirment que les demandeurs ne devraient pas être autorisés à obtenir deux fois le paiement du salaire perdu et à se retrouver ainsi dans une meilleure position financière que celle qui aurait été la leur si les accidents ne s'étaient jamais produits.

Les présents pourvois obligent notre Cour à examiner si les prestations qui sont versées à titre d'indemnité pour perte de salaire en vertu d'un régime de rémunération doivent entrer en ligne de compte dans le calcul des dommages-intérêts dans une action subséquente en responsabilité délictuelle. Mon collègue le juge Cory conclut que les demandeurs qui ont été dédommagés d'une perte devraient néanmoins pouvoir être indemnisés de la même perte par le défendeur à la condition que la preuve indique une «certaine forme de contrepartie de la part de l'employé en échange des avantages qui lui ont été conférés» (p. 407). Avec égards, je ne puis être d'accord. À mon avis, le demandeur qui a été dédommagé d'une perte ne peut la réclamer une autre fois contre l'auteur du délit civil. Selon moi, les principes juridiques, les précédents et la politique du droit nous amènent tous à cette conclusion.

A. Le principe fondamental

Dédommagement complet et équitable sans double indemnisation

Le principe fondamental est que le demandeur dans une action pour négligence a le droit de recevoir des dommages-intérêts qui le mettront dans la situation où il se serait trouvé n'eût été l'accident, pour autant que cela puisse se faire pécuniairement. Cet objectif a été exprimé dans les anciennes décisions par la maxime *restitutio in integrum*. Le demandeur a le droit d'être dédommagé pleinement de ses pertes et on ne doit pas lui refuser une indemnisation pour les pertes qu'il a subies: *Livingstone c. Rawyards Coal Co.* (1880), 5 App. Cas. 25 (H.L.), à la p. 39, lord Blackburn. Comme les tribunaux canadiens et, plus récemment, la Chambre des lords l'ont répété à maintes reprises [TRADUCTION] «. . . la règle fondamentale est que le tribunal doit évaluer la perte et les dépenses nettes indirectes»: *Hodgson c. Trapp*, [1988] 3 W.L.R. 1281, à la p. 1286. L'indemnité doit par

the defendant. In short, the ideal of the law in negligence cases is fully restorative but non-punitive damages. The ideal of compensation which is at the same time full and fair is met by awarding damages for all the plaintiff's actual losses, and no more. The watchword is restoration; what is required to restore the plaintiff to his or her pre-accident position. Double recovery is not permitted.

Cory J. and I agree on the basic principle of recovery in a tort action. As he states, it is simply to compensate the plaintiff as fully as money may do for the loss suffered as a result of the tortfeasor's negligence. The plaintiff is not, we both agree, generally entitled to double recovery (Cory J., at p. 396). However, Cory J. suggests that the case is governed by an exception to the general principles called the private insurance exception.

My colleague and I part company on the issue of whether the present case falls within the private insurance exception. Cory J. seems to assume that the benefits in question fall within the private insurance exception; the issue as he sees it is rather whether the private insurance exception should be maintained (at p. 400). I, on the other hand, do not question that the insurance exception (if indeed it is an exception) should be maintained. The questions which arise, as I see the matter, are the scope of the so-called insurance exception to the rule against double recovery, and whether employment plans such as those here at issue fall within that exception.

B. The Precedents

The fundamental principle, to repeat, is that a plaintiff is entitled to recover to the full extent of the loss, and no more. However, the law, in limited

ailleurs être équitable à la fois pour le demandeur et pour le défendeur. Bref, en matière d'actions pour négligence, l'idéal est l'attribution de dommages-intérêts pleinement réparateurs mais non punitifs. Le demandeur est dédommagé pleinement et équitablement lorsqu'il reçoit des dommages-intérêts qui l'indemnisent de ses pertes réelles, sans plus. Le mot d'ordre est réparation, c'est-à-dire ce qui est nécessaire pour remettre le demandeur dans sa situation antérieure à l'accident. La double indemnisation n'est pas permise.

Le juge Cory et moi-même sommes d'accord sur le principe fondamental de l'indemnisation dans une action en responsabilité délictuelle. Comme il le dit, il s'agit tout simplement d'indemniser le demandeur aussi pleinement que cela peut se faire pécuniairement de la perte qu'il a subie par suite de la négligence de l'auteur du délit civil. Nous sommes tous les deux d'accord pour dire que, en règle générale, le demandeur n'a pas droit à une double indemnisation (le juge Cory, à la p. 396). Toutefois, le juge Cory estime que la présente affaire est régie par une exception aux principes généraux, savoir l'exception visant les assurances privées.

Mon collègue et moi-même ne sommes toutefois plus d'accord lorsqu'il s'agit de déterminer si l'exception visant les assurances privées s'applique à l'espèce. Le juge Cory semble présumer que les prestations en cause sont visées par cette exception; selon lui, le problème consiste plutôt à déterminer si cette exception devrait être maintenue (à la p. 400). Pour ma part, je ne doute nullement que l'exception visant les assurances (s'il s'agit bien en fait d'une exception) devrait être maintenue. Selon moi, il s'agit de déterminer quelle est l'étendue de cette présumée exception à la règle interdisant la double indemnisation et si les régimes d'emploi comme ceux dont il est question en l'espèce sont visés par cette exception.

B. Les précédents

Le principe fondamental, je le répète, est que le demandeur a le droit d'être indemnisé pleinement dans la mesure de sa perte, sans plus. Toutefois,

circumstances, has permitted exceptions to the rule against double recovery.

The first exception to the rule against double recovery is the case of charitable gifts. If a plaintiff is injured and his neighbour brings him a basket of groceries or donates to him a sum of money, the law will not deduct the value of the basket from the damages which the negligent defendant must pay nor require that the monetary gift be called into account. This exception reflects the concern of the courts who initiated it that people should not be discouraged from aiding those in misfortune. Arguably, it also reflects the reality that in most cases it would be more trouble than it is worth to require the courts to hear evidence and rule on the value of charitable assistance.

A second apparent exception to the rule against double recovery was introduced in 1874 by the English decision of *Bradburn v. Great Western Railway Co.* (1874), L.R. 10 Ex. 1. Mr. Bradburn had purchased a private accident insurance policy. He was injured in an accident. The insurance company paid him £31. Bradburn sued the railway company which had negligently caused the accident. The railway company argued that the £31 that Bradburn had received from the insurance company should be deducted from the damages payable by the railway. The court disagreed. It reasoned (*per* Pigott B., at p. 3) that the plaintiff

> does not receive that sum of money because of the accident, but because he has made a contract providing for the contingency; an accident must occur to entitle him to it, but it is not the accident, but his contract, which is the cause of his receiving it.

This language suggests an exception of narrow scope. At very least, the case does not seem to stand for more than the fact that an insurance policy triggered by a specific event, in this case a railroad accident, need not be brought into account in assessing damages for negligence causing the accident. What Bradburn had lost seems to play no role in what he is entitled to recover; it is not his loss

dans des cas limités, le droit permet des exceptions à la règle interdisant la double indemnisation.

La première exception à cette règle est le cas des dons de charité. Si un demandeur se blesse et que son voisin lui apporte un panier de provisions ou lui fait don d'une somme d'argent, la loi n'exige pas que la valeur du panier de provisions soit déduite des dommages-intérêts que le défendeur négligent doit payer ni qu'il soit tenu compte du don en argent. Cette exception traduit le souci des tribunaux qui l'ont mise de l'avant de ne pas amener les gens à cesser d'aider ceux que le malheur frappe. Il est permis de croire qu'elle confirme également que, dans la majorité des cas, il serait inutilement compliqué d'exiger des tribunaux qu'ils entendent la preuve et qu'ils statuent sur la valeur de l'aide charitable apportée.

Une seconde exception évidente à la règle interdisant la double indemnisation a été introduite en 1874 par la décision anglaise *Bradburn c. Great Western Railway Co.* (1874), L.R. 10 Ex. 1. Monsieur Bradburn avait acheté une police d'assurance privée contre les accidents. Il a été blessé lors d'un accident. La compagnie d'assurances lui a versé £31. Il a poursuivi la société de chemins de fer qui, par sa négligence, avait provoqué l'accident. La société de chemins de fer a soutenu que les £31 que Bradburn avait reçues de la compagnie d'assurances devaient être déduites des dommages-intérêts qu'elle devait lui payer. La cour n'a pas accepté cette prétention. Elle a soutenu (le baron Pigott, à la p. 3) que le demandeur

> [TRADUCTION] ne reçoit pas cette somme à cause de l'accident, mais plutôt parce qu'il a conclu un contrat pour parer à une éventualité; un accident doit se produire pour qu'il ait droit à cette somme d'argent, mais ce n'est pas à cause de l'accident mais de son contrat qu'il la reçoit.

Cet extrait semble indiquer l'existence d'une exception à portée restreinte. À tout le moins, cette décision semble simplement confirmer qu'il n'est pas nécessaire, dans le calcul des dommages-intérêts attribués par suite d'une négligence ayant causé un accident, de tenir compte d'une police d'assurance dont l'exécution est entraînée par un événement précis, dans ce cas un accident ferro-

which entitles him to payment under the policy, but the event of the accident. While it is impossible to be sure more than one hundred years later, the words used suggest that the contract of insurance was not viewed as an indemnity contract, indemnifying the policy holder for a stipulated loss, but rather as a contract for a payment of a certain sum upon the happening of a certain event.

The distinction between indemnity and non-indemnity insurance is well-recognized in the insurance industry. The following definitions, which I adopt here, were used by the 1988 *Report of Inquiry into Motor Vehicle Accident Compensation in Ontario* (the Osborne Commission), at p. 429:

> An indemnity payment is one which is intended to compensate the insured in whole or in part for a pecuniary loss. . . . A non-indemnity payment is a payment of a previously determined amount upon proof of a specified event, whether or not there has been pecuniary loss.

Perhaps the best example of non-indemnity insurance is that of life insurance. The beneficiary under a life-insurance policy collects a set amount upon the death of the policy holder without reference to any pecuniary loss. Pensions are also considered to be non-indemnity payments: *Canadian Pacific Ltd. v. Gill*, [1973] S.C.R. 654 (Canada Pension Plan benefits); *Guy v. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 756 (company pension plan benefits). Subject to these exceptions and the specific wording of the policy, there is a virtual presumption in the insurance industry that indemnity is the essence of all contracts of insurance: C. Brown and J. Menezes, *Insurance Law in Canada* (2nd ed. 1991), at para. 1:1:7.

This distinction is critical to a discussion of collateral benefits. If the insurance money is not paid

viaire. Il semble que la perte subie par Bradburn n'a rien à voir avec ce qu'il a le droit de recouvrer; ce n'est pas sa perte qui lui donne le droit d'obtenir un paiement en vertu de la police, mais l'accident lui-même. Bien qu'il soit impossible de l'affirmer avec certitude quelque cent ans plus tard, les termes utilisés permettent de penser que le contrat d'assurance n'était pas considéré comme un contrat d'indemnisation, dédommageant l'assuré d'une perte stipulée, mais plutôt comme un contrat prévoyant le versement d'une certaine somme lorsque se produisait un événement donné.

La distinction entre l'assurance à caractère indemnitaire et l'assurance à caractère non indemnitaire est bien connue dans le domaine de l'assurance. Les définitions qui suivent et que j'adopte en l'espèce ont été utilisées dans le *Report of Inquiry into Motor Vehicle Accident Compensation in Ontario* (la commission Osborne) de 1988, à la p. 429:

> [TRADUCTION] Le règlement indemnitaire est le paiement qui est destiné à dédommager l'assuré de la totalité ou d'une partie de sa perte pécuniaire. [. . .] Le règlement non indemnitaire est le paiement d'une somme préalablement déterminée lorsqu'il est prouvé qu'un événement précis s'est produit, qu'il y ait eu perte pécuniaire ou non.

Le meilleur exemple de l'assurance à caractère non indemnitaire est peut-être l'assurance-vie. Le bénéficiaire d'une police d'assurance-vie touche un montant déterminé au moment du décès de l'assuré sans qu'il ne soit question de perte pécuniaire. Les pensions sont également considérées comme des règlements non indemnitaires: *Canadian Pacific Ltd. c. Gill*, [1973] R.C.S. 654 (prestations du Régime de pensions du Canada); *Guy c. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 756 (prestations du régime de retraite d'une entreprise). Sous réserve de ces exceptions et des clauses des polices, il existe dans le monde de l'assurance une présomption selon laquelle l'indemnisation est l'essence même de tous les contrats d'assurance: C. Brown et J. Menezes, *Insurance Law in Canada* (2e éd. 1991), au par. 1:1:7.

Cette distinction est cruciale pour toute analyse des prestations parallèles. Si le montant de l'assu-

to indemnify the plaintiff for a pecuniary loss, but simply as a matter of contract on a contingency, then the plaintiff has not been compensated for any loss. He may claim his entire loss from the negligent defendant without violating the rule against double recovery. Viewed thus, *Bradburn* may not even represent a true exception to the compensatory principle of compensation.

This much appears uncontroversial. Controversy arises, however, when attempts are made to apply *Bradburn* to indemnity policies or plans which compensate the plaintiff for the very loss claimed against the tortfeasor. This is because application of *Bradburn* to such plans raises starkly the problem of double recovery in a context that is more significant and questionable than the exception for charitable gifts. Courts are far from unanimous on the question of whether *Bradburn* applies to indemnity policies and plans. Some, particularly the earlier cases, held that it does. The trend in recent years, however, has been to hold that *Bradburn* does not extend so far. Let us turn then to the cases.

The House of Lords leaned in favour of non-deduction in *Parry v. Cleaver*, [1969] 1 All E.R. 555. It held that an employment pension for disability should be treated like a private insurance policy for purposes of deduction. It reasoned that the employee must be regarded as having paid for the benefit through his labour or as having purchased it with his wages, and that it would be "unjust and unreasonable to hold that the money which he prudently spent on premiums and the benefit from it should enure to the benefit of the tortfeasor" (*per* Lord Reid at p. 558). It may be noted that the pension, payable on the event of disability regardless of the loss sustained, was not a benefit designed to indemnify the plaintiff against the loss which he later claimed against the

rance n'est pas versé pour dédommager le demandeur d'une perte pécuniaire mais qu'il est simplement payé dans le cadre d'un contrat relatif à un événement aléatoire, le demandeur n'a pas été indemnisé d'une perte. Il peut donc réclamer la totalité de sa perte au défendeur négligent sans violer la règle interdisant la double indemnisation. Si on l'interprète ainsi, l'arrêt *Bradburn* n'est peut-être même pas une véritable exception au principe compensateur de l'indemnisation.

Ces affirmations ne prêtent pas à controverse. Ce n'est toutefois pas le cas lorsque l'on tente d'appliquer l'arrêt *Bradburn* aux polices ou aux régimes d'indemnisation qui dédommagent le demandeur de la perte même dont il réclame réparation à l'auteur du délit civil. Il en est ainsi parce que l'application de l'arrêt *Bradburn* à de tels régimes pose carrément le problème de la double indemnisation dans un contexte qui est plus important et plus discutable que l'exception pour les dons de charité. L'application de l'arrêt *Bradburn* aux polices et régimes d'indemnisation est loin de faire l'unanimité des tribunaux. Certains, particulièrement dans les décisions plus anciennes, ont statué qu'il s'appliquait. Toutefois, au cours des dernières années, les tribunaux ont eu tendance à statuer que l'arrêt *Bradburn* ne va pas si loin. Examinons maintenant la jurisprudence.

La Chambre des lords s'est prononcée en faveur de la non-déduction dans l'arrêt *Parry c. Cleaver*, [1969] 1 All E.R. 555. Elle a statué qu'une pension d'invalidité devait être traitée comme une police d'assurance privée aux fins de la déduction. Elle a estimé qu'il faut considérer que l'employé a payé par son travail les avantages qui lui ont été conférés ou qu'il les a achetés avec son salaire, et qu'il serait [TRADUCTION] «injuste et abusif de statuer que les sommes qu'il a prudemment consacrées au paiement des primes et des avantages qui en découlent profitent à l'auteur du délit civil» (lord Reid à la p. 558). Il convient de signaler que la pension, payable en cas d'invalidité peu importe la perte subie, n'était pas destinée à indemniser le demandeur de la perte pour laquelle il a par la suite réclamé un dédommagement à l'auteur du délit civil. Comme dans l'arrêt *Bradburn*, il s'agissait

tortfeasor. Like *Bradburn*, it was a benefit payable on a stipulated contingency, in this case, disability.

More recent decisions in England unanimously favour non-deductibility. As Cory J. put it in *Ratych v. Bloomer*, [1990] 1 S.C.R. 940, at p. 950:

> While courts in Canada and England have consistently applied the *Bradburn* principle with respect to private insurance proceeds, they have encountered difficulties in developing a uniform approach for dealing with collateral benefits provided by an employer to an employee.

As I stated of the British position in the same case, at p. 967:

> While some benefits, like private insurance, remain non-deductible, wages or sick benefits paid during the period the plaintiff is unable to work have always been required to be brought into account in calculating the plaintiff's damages. This was affirmed by Lord Reid in *obiter dicta* in *Parry v. Cleaver* and applied by the House of Lords in *Hussain v. New Taplow Paper Mills Ltd.*

Hussain v. New Taplow Paper Mills Ltd., [1988] 1 All E.R. 541 (H.L.), like the appeals at bar, raised the issue of the deductibility of wage benefits paid pursuant to an employment contract. The plan was designed to indemnify the plaintiff against wage loss. It provided that during the first 13 weeks after injury, the plaintiff would receive full pay. Thereafter, he would receive 50 percent of his pre-accident earnings by way of long-term sickness benefits payable under an insurance scheme run by the defendant, which had taken out a permanent health insurance policy to insure itself against contractual liability for long-term sickness benefits to its employees. The only issue on appeal was whether the long-term benefits should be deducted; it was accepted that the trial judge correctly deducted the wage benefits for the first 13 weeks. It was argued that because of its insurance-like nature, the benefits paid under the long-term disability plan fell into the *Bradburn* principle as extended by *Parry v. Cleaver* and should not be deducted. The House of Lords accepted that the

de prestations payables lorsque se produisait un événement déterminé, dans ce cas, l'invalidité.

Dans des décisions plus récentes, les tribunaux anglais se sont unanimement prononcés en faveur de la non-déductibilité. Comme l'a dit le juge Cory dans l'arrêt *Ratych c. Bloomer*, [1990] 1 R.C.S. 940, à la p. 950:

> Alors que les cours de justice canadiennes et anglaises ont appliqué de façon constante le principe de l'arrêt *Bradburn* aux prestations d'assurances privées, elles ont eu de la difficulté à concevoir une solution uniforme à l'égard des prestations parallèles qu'un employeur verse à un employé.

Comme je l'ai dit dans le même arrêt au sujet de la position des tribunaux anglais, à la p. 967:

> ... si certaines prestations, comme celles provenant d'assurances privées, demeurent non déductibles, le salaire ou les indemnités de maladie versés au demandeur pendant le temps qu'il était incapable de travailler ont toujours dû entrer en ligne de compte dans le calcul de ses dommages-intérêts. Cela a été confirmé par lord Reid dans une opinion incidente exprimée dans l'arrêt *Parry v. Cleaver*, et appliqué par la Chambre des lords dans l'arrêt *Hussain v. New Taplow Paper Mills Ltd.*

Comme dans les présents pourvois, il était question dans l'arrêt *Hussain c. New Taplow Paper Mills Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 541 (H.L.), de la déductibilité des prestations sous forme de salaire versées en vertu d'un contrat de travail. Le régime était destiné à indemniser le demandeur de ses pertes de salaire. Il prévoyait que le demandeur recevrait son plein salaire au cours des 13 premières semaines suivant un accident. Par la suite, il toucherait 50 pour 100 du salaire qui lui était versé avant l'accident sous forme de prestations de maladie de longue durée payables en vertu d'un régime d'assurance administré par la défenderesse, qui avait souscrit une police d'assurance maladie à garantie viagère pour s'assurer contre la responsabilité contractuelle pour les prestations de ce genre versées à ses employés. Le seul point en appel était la déduction des prestations de longue durée; il a été admis que le juge de première instance avait eu raison de déduire les prestations sous forme de salaire pour les 13 premières semaines. On a prétendu que, parce qu'elles équivalent à une assu-

employment plan could be viewed as "a partial substitute for earnings" (p. 546). Even so, it ruled that the benefits paid under the plan must be deducted from the amount claimed for lost earnings from the tortfeasor. Lord Bridge stated at pp. 546-47:

Counsel for the plaintiff seeks to apply by analogy a principle said to be established by *Parry v Cleaver* in support of the argument that all payments to an employee enjoying the benefit of the defendants' permanent health insurance scheme are effectively in the nature of the fruits of insurance accruing to the benefit of the employee in consideration of the contributions he has made by his work for the defendants prior to incapacity. Much emphasis was laid on the long-term nature of the scheme payments to which the plaintiff has become entitled and it was submitted that they are strictly comparable to a disability pension. Both these arguments fall to the ground, as it seems to me, in the light of the concession rightly made at an early stage that the nature of payments under the scheme is unaffected by the duration of the incapacity which determines the period for which payments will continue to be made. The question whether the scheme payments are or are not deductible in assessing damages for loss of earnings must be answered in the same way whether, after the first 13 weeks of incapacity, the payments fall to be made for a few weeks or for the rest of an employee's working life. Looking at the payments made under the scheme by the defendants in the first weeks after the expiry of the period of 13 weeks of continuous incapacity, they seem to me indistinguishable in character from the sick pay which the employee receives during the first 13 weeks. They are payable under a term of the employee's contract by the defendants to the employee qua employee as a partial substitute for earnings and are the very antithesis of a pension, which is payable only after employment ceases. The fact that the defendants happen to have insured their liability to meet these contractual commitments as they arise cannot affect the issue in any way. [Emphasis added.]

rance, les prestations versées en vertu du régime d'invalidité de longue durée étaient visées par le principe formulé dans l'arrêt *Bradburn* dont la portée a été étendue par l'arrêt *Parry c. Cleaver*, et qu'elles ne devaient pas être déduites. La Chambre des lords a reconnu que l'on pouvait considérer que le régime d'emploi visait à [TRADUCTION] «remplacer une partie de son salaire» (p. 546). Elle a quand même statué que les prestations versées en vertu du régime devaient être déduites de la somme réclamée à l'auteur du délit civil pour perte de revenu. Lord Bridge a dit aux pp. 546 et 547:

[TRADUCTION] L'avocat du demandeur tente d'appliquer, par analogie, un principe qui aurait été établi par l'arrêt *Parry c Cleaver* pour étayer l'argument selon lequel tous les paiements versés à un employé bénéficiant du régime d'assurance maladie à garantie viagère des défendeurs équivalent, en réalité, au produit d'une assurance profitant à l'employé en contrepartie du travail qu'il a effectué pour les défendeurs avant son invalidité. On a beaucoup insisté sur le caractère de longue durée des paiements auxquels le demandeur est devenu admissible et l'on a fait valoir qu'ils sont rigoureusement comparables à une pension d'invalidité. Ces deux arguments s'écroulent, à ce qu'il me semble, étant donné que l'on a déjà admis plus tôt et à juste titre que la durée de l'invalidité, qui détermine pendant combien de temps les paiements continueront à être versés, n'a aucune incidence sur la nature des paiements effectués en vertu du régime. La réponse à la question de savoir si les paiements sont déductibles dans le calcul des dommages-intérêts attribués pour perte de revenu doit être la même, que les paiements postérieurs aux 13 premières semaines d'invalidité doivent se poursuivre pendant quelques semaines ou pendant le reste de la vie active d'un employé. Lorsque j'examine les paiements faits en vertu du régime par les défendeurs au cours des premières semaines qui ont suivi l'expiration de la période de 13 semaines d'invalidité continue, il me semble qu'ils ne sont pas différents des prestations de maladie que l'employé reçoit au cours de ces 13 premières semaines. En effet, les défendeurs doivent, en vertu d'une clause du contrat de l'employé, les verser à ce dernier à titre d'employé pour remplacer une partie de son salaire et il s'agit d'exactement le contraire d'une pension qui n'est payable qu'une fois que l'emploi a pris fin. Le fait que les défendeurs aient jugé bon de souscrire une assurance-responsabilité pour respecter leurs obligations contractuelles au fur et à mesure qu'elles se présentent ne peut en aucune façon avoir une incidence sur cette question. [Je souligne.]

So in England, any payments under an employment scheme which are a substitute for wages must be deducted from the plaintiff's claim for wages against the defendant. Only if the benefit is not in the nature of an indemnity for wages, but rather a true non-indemnity insurance benefit or pension, does it fall within the *Bradburn* principle.

Almost a year later, in *Hodgson v. Trapp, supra*, the House of Lords reaffirmed the fundamental and axiomatic nature of the rule requiring deduction of collateral benefits. The House of Lords further held that all state benefits, such as unemployment benefits, statutory sick pay, attendance and mobility benefits and others not specifically exempted by statute, would be deductible from an award of damages. The court emphasized that, given the compensatory nature of damages, the *Bradburn* exception must be narrowly applied and that any exceptions to the rule against double recovery must be clearly and demonstrably justified. Lord Bridge stated at pp. 1285-86:

> ... it cannot be emphasised too often when considering the assessment of damages for negligence that they are intended to be purely compensatory. Where the damages claimed are essentially financial in character ... the basic rule is that it is the net consequential loss and expense which the court must measure. If, in consequence of the injuries sustained, the plaintiff has enjoyed receipts to which he would not otherwise have been entitled, prima facie, those receipts are to be set against the aggregate of the plaintiff's losses and expenses in arriving at the measure of his damages. All this is elementary and has been said over and over again. To this basic rule there are, of course, certain well established, though not always precisely defined and delineated exceptions. But the courts are, I think, sometimes in danger, in seeking to explore the rationale of the exceptions, of forgetting that they are exceptions. It is the rule which is fundamental and axiomatic and the exceptions to it which are only to be admitted on grounds which clearly justify their treatment as such. [Emphasis added.]

Ainsi, en Angleterre, tous les paiements effectués en vertu d'un régime d'emploi afin de remplacer le salaire doivent être déduits de la somme que le demandeur réclame au défendeur pour perte de salaire. Ce n'est que lorsque les prestations ne sont pas une indemnité pour le salaire mais plutôt des prestations d'assurance à caractère non indemnitaire ou une pension qu'elles sont visées par le principe formulé dans l'arrêt *Bradburn*.

Presque un an plus tard, dans l'arrêt *Hodgson c. Trapp*, précité, la Chambre des lords a réaffirmé le caractère fondamental et axiomatique de la règle exigeant la déduction des prestations parallèles. Elle a en outre statué que tous les avantages prévus par la loi, tels les prestations d'assurance-chômage, les prestations de maladie, les allocations pour soins et transport de handicapés ainsi que les autres prestations qui ne sont pas expressément exemptées par la loi, seraient déduites du montant attribué à titre de dommages-intérêts. La cour a souligné que, compte tenu du caractère compensatoire des dommages-intérêts, l'exception formulée dans l'arrêt *Bradburn* doit être appliquée restrictivement et que toute exception à la règle interdisant la double indemnisation doit pouvoir clairement se justifier. Lord Bridge a dit aux pp. 1285 et 1286:

> [TRADUCTION] ... on ne peut souligner trop souvent, lorsque l'on examine la question du calcul des dommages-intérêts pour négligence, que ces derniers sont censés être purement compensatoires. Lorsque les dommages-intérêts réclamés sont essentiellement pécuniaires [...] la règle fondamentale est que le tribunal doit évaluer la perte et les dépenses nettes indirectes. Si, par suite des blessures qu'il a subies, le demandeur touche des sommes auxquelles il n'aurait pas eu droit autrement, à première vue, ces sommes doivent être défalquées du montant total des pertes et des dépenses du demandeur pour calculer ses dommages-intérêts. Ce principe est élémentaire et a été répété maintes et maintes fois. Il existe évidemment certaines exceptions bien connues à cette règle fondamentale, bien qu'elles ne soient pas toujours définies ni déterminées avec précision. Mais je pense que les tribunaux risquent parfois, en tentant d'examiner les fondements de ces exceptions, d'oublier qu'il s'agit d'exceptions. C'est la règle qui est fondamentale et axiomatique, et les exceptions ne peuvent être admises que lorsqu'il existe des motifs justifiant clairement qu'on les traite comme telles. [Je souligne.]

The position in Australia echoes that in England. The leading case of *Graham v. Baker* (1961), 106 C.L.R. 340 (Austl. H.C.) remains authority for the position that sick pay received by a plaintiff from his employer following a car accident will be deducted from the damages assessed against the tortfeasor. That case also decided, as did *Parry v. Cleaver*, that pension benefits received by the plaintiff would not be deducted.

In the United States, the original rule was that a defendant must bear the full cost of the injury he caused the plaintiff, regardless of any compensation the plaintiff receives from an independent or collateral source: *The Propeller Monticello v. Mollison*, 58 U.S. (17 How.) 152 (1854). However, many states have overturned this rule by statute and the majority have implemented exceptions to it.

In sum, it can be stated with confidence that, subject to the exceptions of charity and non-indemnifying personal insurance or pensions, the rule in other common law jurisdictions remains one of deductibility. Where plaintiffs have received collateral benefits with respect to wages and "wage-alikes", such as sick leave entitlement and unemployment benefits, these will be deducted from the calculation of loss. J. G. Fleming, *The Law of Torts* (8th ed. 1992), summarizes the position as follows (at p. 246):

> In other words, they [collateral benefits] are treated not as gains which might or might not be set off against an actual loss, but (like free medical services in Britain) as preventing a loss from ever arising.

This Court joined the general trend in the common law world to deduction of collateral benefits with its decision in *Ratych v. Bloomer*, *supra*. The Court held that, "[a]s a general rule", and subject to cases where a third party was subrogated to the wage benefit, "wage benefits paid while a plaintiff is unable to work must be brought into account and

Les tribunaux australiens abondent dans le même sens que les tribunaux anglais. L'arrêt de principe *Graham c. Baker* (1961), 106 C.L.R. 340 (H.C. Austr.), établit toujours que les prestations de maladie reçues par le demandeur de son employeur à la suite d'un accident d'automobile seront déduites des dommages-intérêts que l'auteur du délit civil doit verser. Cet arrêt a également déterminé, comme ce fut le cas de l'arrêt *Parry c. Cleaver*, que les prestations de retraite reçues par le demandeur ne seraient pas déduites.

Aux États-Unis, la règle a tout d'abord été que le défendeur doit supporter intégralement le coût du préjudice qu'il a causé au demandeur, indépendamment de toute indemnité que ce dernier reçoit d'une source indépendante ou parallèle: *The Propeller Monticello c. Mollison*, 58 U.S. (17 How.) 152 (1854). Toutefois, de nombreux États ont infirmé cette règle par voie législative et la majorité des États y ont prévu des exceptions.

Somme toute, on peut affirmer avec certitude que, sous réserve des exceptions que constituent les dons de charité et les pensions ou les assurances individuelles à caractère non indemnitaire, la règle dans les autres ressorts de common law demeure la déductibilité. Lorsque les demandeurs ont reçu des prestations parallèles en ce qui concerne leurs salaires et des revenus assimilables à du salaire, telles les indemnités de maladie et les prestations d'assurance-chômage, celles-ci seront déduites dans le calcul de la perte. J. G. Fleming, dans *The Law of Torts* (8e éd. 1992), résume cette position de la manière suivante (à la p. 246):

> [TRADUCTION] En d'autres termes, elles [les prestations parallèles] sont traitées non pas comme des gains qui pourraient être défalqués de la perte réelle, mais comme empêchant une perte de se produire (comme c'est le cas des services médicaux gratuits en Angleterre).

Dans l'arrêt *Ratych c. Bloomer*, précité, notre Cour a suivi la tendance générale des pays de common law qui est de déduire les prestations parallèles. Elle a statué que, «d'une manière générale», et sous réserve des cas où une tierce personne a droit aux prestations sous forme de salaire par suite d'une subrogation, «les prestations sous

deducted from the claim for lost earnings" (p. 982). It affirmed the rule against double recovery and stressed that before a claim for damages can be made, the plaintiff must demonstrate an actual loss. Accordingly, it held that a plaintiff who had received payment of wages while he was unable to work due to an accident could not claim damages for loss of earnings against the tortfeasor.

Ratych v. Bloomer might be left at this were it not for the interpretation placed on it by my colleague, which requires some response. Cory J. cites (at p. 403) the following passage (omitting the last sentence) for the proposition that *Ratych* holds that collateral wage benefits paid for by the plaintiff need not be deducted from a damage claim for wage loss against the tortfeasor (at p. 983):

> These comments should not be taken as extending to types of collateral benefits other than lost earnings, such as insurance paid for by the plaintiff and gratuitous payments made by third parties. Those issues are not before the Court and must be left for another day. [Emphasis added.]

With the greatest respect, I cannot draw as much from this passage as does Cory J. The passage cited asserts no principle of law, but merely reserves certain cases for another day. Moreover, it excludes lost earnings from its ambit.

My colleague couples his construction of this passage with an argument that *Ratych* was only a case about evidence; if better proof had been adduced that the plaintiff paid for the wage benefit, it would not have been deducted. He draws this inference from the following passage of the majority reasons in *Ratych* (at p. 972):

forme de salaire versées à un demandeur alors qu'il se trouve dans l'incapacité de travailler doivent entrer en ligne de compte et être déduites de la réclamation pour perte de salaire» (p. 982). Elle a confirmé la règle interdisant la double indemnisation et souligné que, avant que le demandeur puisse réclamer des dommages-intérêts, il doit prouver qu'il a subi un préjudice réel. Par conséquent, elle a statué que le demandeur qui a touché son salaire pendant qu'il était incapable de travailler par suite d'un accident ne pouvait pas réclamer à l'auteur du délit civil des dommages-intérêts pour perte de salaire.

Il serait peut-être possible maintenant de ne plus discuter de l'arrêt *Ratych c. Bloomer* si ce n'était l'interprétation qu'en a faite mon collègue et qui nécessite une certaine réponse. Le juge Cory cite l'extrait suivant (à la p. 403) (en omettant la dernière phrase) pour soutenir que l'arrêt *Ratych* affirme qu'il n'est pas nécessaire de déduire les prestations parallèles sous forme de salaire payées par le demandeur de la réclamation pour perte de salaire présentée contre l'auteur du délit civil (à la p. 983):

> Ces observations ne devraient pas être interprétées comme s'appliquant à des genres de prestations parallèles autres que le paiement du salaire perdu, comme les assurances payées par le demandeur et les paiements à titre gracieux faits par des tiers. Voilà des points dont la Cour ne se trouve pas saisie et dont le règlement devra attendre une autre occasion. [Je souligne.]

Avec égards, je ne peux pas tirer de ce passage les mêmes conclusions que le juge Cory. L'extrait cité ne confirme aucun principe de droit; il reporte simplement à une autre occasion le règlement de certains points. De plus, il exclut de son application le salaire perdu.

Mon collègue lie son interprétation de cet extrait à l'argument selon lequel l'arrêt *Ratych* portait uniquement sur la preuve; si on avait produit de meilleures preuves que le demandeur avait payé les prestations sous forme de salaire, celles-ci n'auraient pas été déduites. Il tire cette conclusion du passage suivant tiré des motifs du jugement majoritaire dans l'arrêt *Ratych* (à la p. 972):

I accept that if an employee can establish that he or she has suffered a loss in exchange for obtaining wages during the time he or she could not work, the employee should be compensated for that loss. Thus in *Lavigne v. Doucet* the New Brunswick Court of Appeal quite rightly allowed damages for loss of accumulated sick benefits. I also accept that if an employee can establish that he or she directly paid for a policy in the nature of insurance against unemployment, equivalent to a private insurance, he or she may be able to recover the benefits of that policy, although I would leave resolution of this question for another case. [Emphasis added.]

Je conviens que, si un employé peut prouver qu'il a subi une perte en échange du salaire reçu pendant la durée de son incapacité de travailler, il devrait être dédommagé de cette perte. C'est donc à très juste titre que la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, dans l'affaire *Lavigne v. Doucet*, a accordé des dommages-intérêts pour la perte de crédits de congé de maladie accumulés. Je reconnais en outre que, si un employé peut établir qu'il a payé directement une police d'assurance contre le chômage équivalant à une assurance privée, il se peut qu'il puisse récupérer les prestations versées en vertu de cette police, quoique je sois d'avis d'attendre un autre litige pour régler cette question. [Je souligne.]

My colleague goes on to argue that this passage creates "two exceptions" (p. 404). The first, compensation for lost sick days, he agrees, creates no double recovery problem. The second exception, he says, "is an application of the insurance exception" (pp. 404-5).

Mon collègue soutient ensuite que cet extrait crée «deux exceptions» (p. 404). Il reconnaît que la première, l'indemnisation pour la perte de congés de maladie, ne crée aucun problème de double indemnisation. La seconde, affirme-t-il, «est une application de l'exception visant les assurances» (pp. 404 et 405).

Again, with respect, the words of the sentence said to create this exception amount only to reservation of the issue for another case, as the passage plainly states. No legal principle is advanced, no exception created. As for the *obiter* passage relied on by my colleague (at p. 405), it is confined to the situation "where a person has prudently obtained and paid for personal insurance", the classic *Bradburn* situation, and is expressly distinguished from cases where benefits are paid under an employment plan.

Encore une fois, avec égards, les termes utilisés dans la phrase qui créerait cette exception ne font que remettre le règlement de cette question à un autre litige, comme l'extrait l'indique clairement. Aucun principe juridique n'est avancé, aucune exception n'est créée. Quant à l'opinion incidente invoquée par mon collègue (à la p. 405), elle ne concerne que le cas «où une personne a souscrit et payé par mesure de prudence une assurance personnelle», le cas classique de l'arrêt *Bradburn*, et elle fait une distinction expresse d'avec les cas où les prestations sont payées en vertu d'un régime d'emploi.

The Court of Appeal on these appeals, (1991), 64 B.C.L.R. (2d) 62, interpreted *Ratych v. Bloomer* as holding that as a general rule, and leaving aside certain insurance-like situations which were not before the Court, wage benefits paid under an employment scheme must be brought into account (*per* Southin J.A. at pp. 79-80). I agree with this interpretation. *Ratych v. Bloomer* is not merely a ruling on evidentiary sufficiency. Rather, following on the lead in other common law jurisdictions,

Lorsqu'elle a entendu les appels interjetés dans les présentes affaires (1991), 64 B.C.L.R. (2d) 62, la Cour d'appel a considéré que l'arrêt *Ratych c. Bloomer* signifiait que, en règle générale et si on écarte certaines situations dont elle n'avait pas été saisie et qui concerne des assurances, les prestations sous forme de salaire versées en vertu d'un régime d'emploi doivent entrer en ligne de compte (le juge Southin, aux pp. 79 et 80). Je suis d'accord avec cette interprétation. L'arrêt *Ratych c. Bloomer*

it pronounces on the general requirement for deduction of employment wage benefits from claims for loss of wages against a tortfeasor.

We are not asked to overrule our decision in *Ratych v. Bloomer*. Therefore, the appellants can succeed only by establishing, first, that they fall within a situation which *Ratych* left for future decision and, second, that the rule in that undecided category should be in favour of non-deductibility.

On the first point, it is argued that the fact that the appellants have contributed to, or should be deemed to have contributed to, the employment plans under which the wage benefits were paid brings this appeal within the class of cases which *Ratych* left for future decision. The classes of case excluded from the purview of *Ratych* were types of collateral benefits other than lost earnings, such as non-indemnity insurance paid for by the plaintiff and "gratuitous payments made by third parties" (p. 983). This is a restatement of the exception for charitable contributions and the *Bradburn* rule. Later, the private insurance exception is again left for another case (at p. 972) and (at pp. 973-74) the majority affirms the distinction "between cases where a person has prudently obtained and paid for personal insurance and cases where the benefits flow from the employer/employee relationship". In the former case there may be reasons for asserting an exception, in the latter, by contrast, "there is little to be weighed in the balance against the general policy of the law against double compensation" (p. 974). In short, what *Ratych* left for consideration for another day were simply the long-standing

ne porte pas uniquement sur le caractère suffisant de la preuve. Au contraire, suivant en cela l'exemple des autres ressorts de common law, la Cour s'est prononcée sur l'obligation générale de déduire les prestations sous forme de salaire des réclamations faites contre l'auteur d'un délit civil pour perte de salaire.

On ne nous demande pas d'infirmer notre arrêt *Ratych c. Bloomer*. En conséquence, les appelants ne peuvent obtenir gain de cause qu'en établissant, premièrement, que leur cas fait partie de ceux dont, suivant l'arrêt *Ratych*, le règlement devra attendre une autre occasion et, deuxièmement, que la règle applicable à cette catégorie de cas qui n'ont pas encore été tranchés devrait jouer en faveur de la non-déductibilité.

On a soutenu relativement au premier point que, étant donné que les appelants ont contribué, ou sont censés avoir contribué aux régimes d'emploi en vertu desquels les prestations sous forme de salaire ont été versées, le présent pourvoi fait partie de ces cas dont l'arrêt *Ratych* a reporté l'examen. Les catégories de cas exclus de l'application de l'arrêt *Ratych* concernaient les prestations parallèles autres que le salaire perdu, comme les assurances à caractère non indemnitaire payées par le demandeur et «les paiements à titre gracieux faits par des tiers» (p. 983). Il s'agit d'une reformulation de l'exception visant les dons de charité et de la règle de l'arrêt *Bradburn*. Le règlement de la question de l'exception visant les assurances privées est encore une fois reporté à un autre litige (à la p. 972) et (aux pp. 973 et 974) la majorité confirme la distinction «entre le cas où une personne a souscrit et payé par mesure de prudence une assurance personnelle et celui où les prestations versées découlent de la relation employeur-employé». Dans le premier cas, il peut y avoir des motifs de confirmer l'exception; dans le second, au contraire, «il y a peu de chose qui puisse permettre de faire exception à la politique générale de la règle interdisant la double indemnisation» (p. 974). En résumé, les questions dont l'arrêt *Ratych* a reporté l'examen à une autre occasion concernaient sim-

exceptions of charitable contributions and private insurance in the nature of *Bradburn*.

It is here that we come to the heart of the difference between the parties. The appellants contend that the private insurance exception of *Bradburn* should be extended to employment plans to which employees have contributed, notwithstanding the language in *Ratych* to the contrary. They urge that we confine *Ratych* to its facts — a voluntary wage continuance by the employer — and hold that benefits to which the employee has contributed fall within *Bradburn*. The respondents, on the other hand, argue that the *Bradburn* exception applies only to personal contracts of insurance taken out by and paid for by the plaintiff, and does not extend to benefits paid under employment contracts.

Viewing the matter from the point of view of precedent, it is my considered view that the respondents' submission is the better of the two. The courts of England, the jurisdiction which has most closely considered the question of the scope of the *Bradburn* exception, after extending the exception to non-indemnity pensions in *Parry v. Cleaver*, have concluded that the better course is to confine *Bradburn* to true insurance or pension situations and to exclude benefits designed to indemnify the plaintiff against wage loss. In Australia and the United States, the trend has been in the same direction. In Canada, this Court has affirmed the general rule against double recovery in *Ratych v. Bloomer*. Simply put, all the recent cases point to non-deduction. Even *Parry v. Cleaver* does not assist; it was a case of non-indemnity benefits, and the courts in England have themselves declined to extend it to wage benefits. In my view, the courts of Canada should not go against the weight of current authority and rule in favour of non-deduction

plement les exceptions depuis longtemps reconnues que sont les dons de charité et les assurances privées assimilables à celles dont traitait l'arrêt *Bradburn*.

Nous arrivons ici au cœur même du différend qui oppose les parties. Les appelants font valoir que l'exception de l'arrêt *Bradburn* visant les assurances privées devrait être étendue aux régimes d'emploi auxquels les employés ont contribué, malgré l'arrêt *Ratych* qui va dans le sens contraire. Ils nous demandent instamment de nous en tenir aux faits de l'arrêt *Ratych* — le maintien volontaire du versement du salaire par l'employeur — et de statuer que les avantages auxquelles l'employé a contribué sont visés par l'arrêt *Bradburn*. Par contre, les intimés soutiennent que l'exception de l'arrêt *Bradburn* ne s'applique qu'aux contrats d'assurance personnels souscrits et payés par le demandeur et qu'elle ne vise pas les prestations payées en vertu de contrats de travail.

Si l'on examine l'affaire en tenant compte des précédents, je pense, après mûre réflexion, que l'argumentation des intimés est la meilleure des deux. Les tribunaux anglais, qui sont les instances qui ont analysé le plus minutieusement la question de la portée de l'exception de l'arrêt *Bradburn*, ont conclu, après avoir étendu cette exception aux pensions à caractère non indemnitaire dans l'arrêt *Parry c. Cleaver*, que la meilleure solution est de limiter l'application de l'arrêt *Bradburn* aux cas où il s'agit véritablement d'une assurance ou d'une pension, et d'exclure les prestations destinées à dédommager le demandeur de sa perte de salaire. La tendance a été la même en Australie et aux États-Unis. Au Canada, notre Cour a confirmé dans l'arrêt *Ratych c. Bloomer* la règle générale interdisant la double indemnisation. Plus simplement, toutes les décisions récentes indiquent qu'il ne doit pas y avoir déduction. Même l'arrêt *Parry c. Cleaver* n'est d'aucune utilité; il y était question de prestations à caractère non indemnitaire et les tribunaux anglais ont eux-mêmes refusé d'étendre son application aux prestations sous forme de salaire. À mon avis, les tribunaux canadiens ne

of wage benefits unless the departure is clearly required on grounds of common sense or policy.

C. Policy

1. *The Substitute Loss Argument*

My colleague concludes that if the plaintiff has given consideration, or "paid for" the employment plan, he or she can recover the amount claimed twice: once from the plan and again from the tortfeasor. He argues that "[i]t would be unjust to deprive employees of the benefits which, through prudence and thrift, they have provided for themselves" (p. 404). It is suggested that the fact the plaintiff has paid something avoids the prohibition against double recovery.

In fact, contribution by the plaintiff to the plan does not have that effect. Two arguments support this; one based on logic, the other on the reality of how such plans operate.

As a matter of logic, the fact that a plaintiff may lose the benefit of having made a contribution does not affect the fact that, to the extent a loss is made good by the plan, the plaintiff in fact suffers no parallel loss recoverable against the defendant under tort principles. Tort law says the plaintiff who is prevented from working by an injury caused by the defendant's negligence may claim any lost earnings from the defendant. If the earnings have not been lost because they continued under an employment plan, then the plaintiff has suffered no loss of earnings. So logic dictates the plaintiff can recover nothing on account of lost earnings. The fact that the plaintiff has contributed to the plan does not enter into the chain of reasoning which tort principles require. And even if this contribution could somehow be considered, the amount credited to the plaintiff would at best be the cost to the plaintiff of the contribution, in many cases a sum much smaller than the claim for loss of wages. So the fact that the plaintiff has made a

devraient pas aller à l'encontre des décisions récentes et se prononcer en faveur de la non-déduction des prestations sous forme de salaire, à moins que cela ne soit clairement requis par le bon sens ou par des conséquences pratiques.

C. La politique du droit

1. *L'argument fondé sur la perte substituée*

Mon collègue conclut que, si le demandeur a donné une contrepartie ou «payé» le régime d'emploi, il peut se faire rembourser deux fois le montant réclamé: une fois en vertu du régime et une autre fois par l'auteur du délit civil. Il soutient qu'«[i]l serait injuste de priver les employés des avantages qu'ils se sont assurés par leur prudence et leur prévoyance» (p. 404). On laisse entendre que, étant donné que le demandeur a payé quelque chose, l'interdiction de la double indemnisation ne s'applique pas.

En réalité, la contribution du demandeur n'a pas cet effet. Deux arguments permettent de faire cette affirmation, l'un fondé sur la logique et l'autre, sur le mode de fonctionnement réel de tels régimes.

Du point de vue de la logique, même s'il est possible que le demandeur perde les avantages que lui avait assurés sa contribution, il n'en demeure pas moins que, dans la mesure où la perte est compensée par le régime, le demandeur ne subit en réalité aucune perte parallèle dont il peut réclamer un dédommagement au défendeur en vertu des principes de la responsabilité délictuelle. Le droit de la responsabilité délictuelle prévoit que le demandeur qui ne peut pas travailler en raison d'une blessure qui lui a été infligée par suite de la négligence du défendeur peut réclamer la totalité du salaire perdu au défendeur. Si son salaire a continué à lui être versé en vertu d'un régime d'emploi, le demandeur n'a alors subi aucune perte de salaire. En toute logique, le demandeur ne peut donc réclamer aucun dédommagement pour perte de salaire. Le fait que le demandeur a contribué au régime n'entre pas dans la série d'éléments dont il faut tenir compte en vertu des principes de la responsabilité délictuelle. Et même si on pouvait d'une certaine manière tenir compte de cette contribution, le

contribution to the plan does not avoid the problem of double recovery.

The law reflects this logic. The law has consistently refused to compensate a plaintiff because he or she took precautions which minimized the loss flowing from the negligent act. The defendant takes the plaintiff as the defendant finds the plaintiff. Sometimes this increases the damages a defendant must pay, as in the case of what the law calls the "thin skulled" plaintiff. Sometimes it decreases the damages the defendant must pay. The point is simply this: the fact that the plaintiff is more or less vulnerable and hence suffers greater or lesser damages as a consequence of the defendant's negligence will not be reflected in the actual award of damages. The plaintiff will be compensated to the full extent of the loss, and no more, regardless of the measure of the plaintiff's personal vulnerability.

Turning to the argument based on the nature of employment plans, it appears wrong as a matter of fact to suggest that contribution to a plan can be traded off against indemnification for accident-caused loss to avoid double recovery. Deduction of benefits paid by employment plans does not deprive the plaintiff of the value of his contribution to the plan. The contribution covers, after all, a wide range of circumstances which may result in an inability to work, including sickness or injury, while ensuring that income is continued. In many cases, the claim does not involve injury caused by another's negligence and there is no defendant to sue for the loss. In those cases where there is a defendant, recovery is not assured. The tortfeasor may be unknown, unavailable or judgment-proof. Where these particular problems do not arise, recovery may nevertheless be long-delayed. Each of these difficulties is attenuated by an employee benefits plan. The plaintiff enjoys the benefits pro-

montant alloué au demandeur serait au mieux le coût pour ce dernier de sa participation au régime, une somme qui, dans de nombreux cas, est de beaucoup inférieure à celle qui est réclamée pour la perte de salaire. Ainsi, la contribution faite par le demandeur n'écarte donc pas le problème de la double indemnisation.

Le droit reflète cette logique. Il a toujours refusé qu'un demandeur soit indemnisé parce qu'il avait pris des précautions qui ont limité la perte découlant de l'acte négligent. Le défendeur prend le demandeur dans la situation dans laquelle ce dernier se trouve. Parfois, cela entraîne une augmentation des dommages-intérêts que le défendeur doit payer; c'est le cas de ce que l'on appelle en droit le demandeur vulnérable. Parfois, cela provoque l'effet contraire. Le fait est simplement le suivant: le montant des dommages-intérêts ne sera pas fixé en fonction du fait que le demandeur est plus ou moins vulnérable et qu'il subit donc un préjudice plus ou moins grand par suite de la négligence du défendeur. Le demandeur sera pleinement dédommagé de sa perte, sans plus, indépendamment de l'importance accordée à sa vulnérabilité personnelle.

Si nous examinons maintenant l'argument fondé sur la nature des régimes d'emploi, il semble en fait erroné de donner à entendre qu'il est possible, pour éviter la double indemnisation, que la contribution faite à un régime soit échangée contre l'indemnité pour une perte causée par un accident. La déduction des prestations versées en vertu des régimes d'emploi ne prive pas le demandeur de la valeur de sa contribution au régime. Après tout, sa contribution couvre un large éventail d'événements qui peuvent entraîner l'incapacité de travailler, notamment la maladie ou les blessures, tout en assurant le maintien du versement de son salaire. Dans de nombreux cas, la réclamation ne concerne pas des blessures causées par la négligence d'un tiers et personne ne peut être poursuivi pour le préjudice. Lorsqu'il y a un défendeur, l'indemnisation n'est pas garantie. En effet, il se peut que l'auteur du délit civil soit inconnu, qu'il soit impossible de le rejoindre ou d'obtenir un jugement contre lui. Même lorsque ces problèmes particuliers ne se

vided by the plan regardless of whether deduction of plan benefits from tort claims is required or not.

Taken together, these arguments demonstrate that the "substitute loss" argument based on contribution to a plan by the plaintiff does not support the unacceptable result of double recovery by the plaintiff.

2. The Deterrence Argument

It is suggested that wage benefits paid under employment plans should not be deducted from damages for lost earnings claimed from tortfeasors because requiring the tortfeasor to pay more will increase the deterrent effect of tort actions and reduce the incidence of negligent conduct. The general deterrent effect of tort actions is not the issue here, although recent research casts doubt on its validity: see D. W. Shuman, "The Psychology of Deterrence in Tort Law" (1993), 42 *Kans. L. Rev.* 115. What is at issue is the additional deterrent effect, if any, gained by requiring the defendant to pay more than what the plaintiff has truly lost; by paying again for benefits already received.

This argument suggests two answers. First, it is far from clear that the difference between the damages payable without deduction of collateral benefits received from employment plans and damages payable with deduction would have any effect on negligent conduct. Large and well-publicized awards of punitive damages such as those permitted in some countries might arguably have such an effect. But it strains credulity to imagine that the prospect of paying wage benefits in a negligence action, as opposed to not paying them, will play an important role in people's decisions about the care

posent pas, l'indemnisation peut être longtemps retardée. Un régime de prestations pour les employés permet d'atténuer chacune de ces difficultés. Le demandeur profite des avantages prévus par le régime, que les prestations versées en vertu de celui-ci soient déduites ou non des montants réclamés pour responsabilité délictuelle.

Considérés conjointement, ces arguments démontrent que la thèse de la «perte substituée» fondée sur la contribution du demandeur à un régime ne favorise pas le résultat inacceptable qu'est la double indemnisation du demandeur.

2. L'argument fondé sur la dissuasion

On fait valoir qu'il ne faudrait pas déduire les prestations sous forme de salaire payées en vertu des régimes d'emploi du montant des dommages-intérêts réclamés pour perte de salaire aux auteurs de délits civils, parce qu'en obligeant l'auteur d'un délit à payer une somme plus élevée, on augmentera l'effet dissuasif des actions en responsabilité délictuelle et on réduira la fréquence des actes négligents. L'effet dissuasif général de ces actions n'est pas en cause en l'espèce, bien que des recherches récentes permettent de mettre en doute la validité d'un tel argument: voir D. W. Shuman, «The Psychology of Deterrence in Tort Law» (1993), 42 *Kans. L. Rev.* 115. Ce qui est en cause en l'espèce, c'est l'effet dissuasif supplémentaire, s'il en est un, qu'entraînerait l'obligation pour le défendeur de payer davantage que ce que le demandeur a réellement perdu, en payant encore une fois des avantages déjà reçus.

Cet argument permet deux réponses. Premièrement, il est loin d'être évident que la différence qui peut exister entre les dommages-intérêts payables sans déduction des prestations parallèles reçues en vertu de régimes d'emploi et ceux payables après déduction de ces sommes aurait un effet quelconque sur les comportements négligents. On pourrait avancer que les sommes considérables accordées à titre de dommages-intérêts punitifs dans certains pays où elles font l'objet d'une large publicité ont un tel effet. Mais il faudrait être crédule pour imaginer que l'éventualité pour un individu d'être obligé de payer des prestations sous

they take in the way they drive their automobiles or carry out their work.

Second, even if some connection between non-deduction of employment benefits from damage awards and deterring negligent conduct could be established, our law has not generally gone so far as to suggest that deterrence alone is a valid basis upon which to justify increasing damages. If that were so, one might expect heavily punitive damages in many more cases. In fact, we have not chosen to follow that path.

3. *The Argument that the Tortfeasor Should Bear the Loss*

It is argued that, as between the prudent employee and the negligent tortfeasor, the tortfeasor should bear the loss. Or in the words of Cory J., "[i]t makes little sense for a wrongdoer to benefit from the private act of forethought and sacrifice of the plaintiff" (p. 401).

This argument rests on the assumption that there is a loss which someone must pay. A plaintiff who has been compensated for lost earnings by an employment benefits plan has suffered no loss to the extent of those benefits. It is not a question of who will bear the loss, but rather of whether there is any loss to be borne.

Nor is this a case of the tortfeasor unjustly benefiting at the plaintiff's expense. The plaintiff contributes regardless of whether the accident occurs or not. And the tortfeasor does not benefit, in any usual sense of the word; he or she pays the actual measure of the plaintiff's loss. If the fact that a plaintiff was wearing a seat belt lessens the injury which might have otherwise occurred from a defendant's negligence, we do not say that the defendant has benefited from the prudence of the plaintiff, nor do we suggest there is any unfairness in this. The measure of tort damages is what the

forme de salaire dans une action en négligence aura une influence considérable sur la prudence dont il décidera de faire preuve au volant de sa voiture ou au travail.

Deuxièmement, même si on pouvait établir un certain lien entre la non-déduction des prestations d'emploi des sommes accordées à titre de dommages-intérêts et son effet dissuasif sur les comportements négligents, notre droit ne va généralement pas jusqu'à préconiser que la dissuasion est en soi un motif valable qui justifie l'augmentation des dommages-intérêts. Si tel était le cas, on pourrait s'attendre à ce que des dommages-intérêts punitifs considérables soient accordés dans beaucoup plus de cas. En fait, nous n'avons pas choisi de suivre cette voie.

3. *L'argument selon lequel l'auteur du délit civil devrait assumer la perte*

On prétend que, de l'employé prudent et de l'auteur négligent d'un délit civil, c'est l'auteur du délit civil qui devrait assumer la perte. Ou, suivant les termes du juge Cory, «[i]l est illogique que l'auteur d'un délit puisse profiter de la prévoyance et des sacrifices du demandeur» (p. 401).

Cet argument repose sur l'hypothèse qu'il y a une perte que quelqu'un doit payer. Le demandeur qui, en vertu d'un régime de prestations d'emploi, a été dédommagé de sa perte de salaire n'a en réalité subi aucune perte dans la mesure de ces prestations. Il ne s'agit pas de déterminer qui supportera la perte mais plutôt s'il y a eu une perte qui doit être assumée.

Il ne s'agit pas non plus d'un cas où l'auteur du délit civil est avantagé injustement aux dépens du demandeur. Le demandeur contribue au régime, qu'un accident se produise ou non. L'auteur du délit civil n'est pas avantagé, au sens habituel de ce terme; il paie le montant réel de la perte du demandeur. Lorsque le port de la ceinture de sécurité évite au demandeur des blessures plus graves que celles qu'il aurait pu autrement subir par suite de la négligence du défendeur, nous n'affirmons pas que le défendeur a profité de la prudence du demandeur, pas plus que nous ne laissons entendre

plaintiff has lost, not what the defendant should be compelled to pay as the price of his negligence.

The fallacy behind the argument that the tortfeasor should bear the loss is the notion that the tortfeasor should be punished. That is an approach which our law has eschewed except for those special situations in which punitive damages may be awarded. Rather, the law of damages for negligence insists that damages must be fair to both the plaintiff and the defendant: *Livingstone v. Rawyards Coal Co.*, *supra*; *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229.

4. *The Social Inequity Argument*

Cory J. argues (at pp. 403-4) that deduction of wage benefits from damages

> ... would create barriers that are unfair and artificial. It would mean that top management and professionals who could well afford to purchase their own insurance would have the benefit of the insurance exception, while those who made the same provision and made relatively greater financial sacrifices to provide for the disability payments through their collective bargaining agreement would be denied the benefits of the insurance exception. This would be manifestly unfair.

Cory J. calls such a distinction "socially regressive".

This point was not argued before us and the record does not appear to support the assumptions upon which it rests. The first assumption is that privately purchased wage-loss protection always falls within the *Bradburn* exception, and hence will not be deductible from wage claims against a tortfeasor. But if the *Bradburn* exception is confined, as it has been in other jurisdictions, to non-indemnity insurance or true pensions, this assumption cannot be made. As the reasoning of the House of Lords in *Hussain* demonstrates, who paid

que c'est injuste. Les dommages-intérêts en matière de responsabilité délictuelle sont évalués en fonction de ce que le demandeur a perdu et non de ce que le défendeur devrait être contraint de payer pour sa négligence.

L'erreur qui sous-tend l'argument suivant lequel l'auteur du délit civil devrait assumer la perte est l'idée que ce dernier devrait être puni. C'est une interprétation que l'on a évitée dans l'application de nos règles de droit, sauf dans les cas particuliers où des dommages-intérêts punitifs peuvent être attribués. Les règles de droit applicables aux dommages-intérêts pour négligence prévoient plutôt que ces dommages-intérêts doivent être équitables à la fois pour le demandeur et pour le défendeur: *Livingstone c. Rawyards Coal Co.*, précité, et *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229.

4. *L'argument fondé sur l'inéquité sociale*

Le juge Cory soutient (aux pp. 403 et 404) que la déduction des prestations sous forme de salaire du montant des dommages-intérêts

> ... créerait des obstacles injustes et artificiels. Cela signifierait que les cadres supérieurs et les professionnels qui peuvent se permettre de souscrire leur propre assurance pourraient se prévaloir de l'exception applicable aux assurances, tandis que les personnes qui ont pris les mêmes dispositions et ont dû consentir des sacrifices pécuniaires relativement plus importants pour prévoir le versement de prestations d'invalidité dans leur convention collective ne pourraient pas le faire. Ce serait manifestement injuste.

Il affirme qu'une telle distinction est «régressive sur le plan social».

Cette question n'a pas été débattue devant nous et le dossier ne semble pas étayer les hypothèses sur lesquelles elle repose. La première hypothèse est que la protection contre les pertes de salaire souscrite individuellement est toujours visée par l'exception de l'arrêt *Bradburn* et qu'elle n'est donc pas déductible du montant réclamé à l'auteur d'un délit civil pour perte de salaire. Mais si l'exception de l'arrêt *Bradburn* se limite, comme cela a été le cas devant d'autres tribunaux, aux assurances à caractère non indemnitaire ou aux véri-

for the benefit is not the test; the test, rather, is whether the benefit is a replacement, or indemnity, for lost wages. If so, it amounts to an indemnification benefit and must be brought into account.

Even were that not the case, the argument further assumes that employees either cannot afford to purchase private insurance or that they make relatively greater financial sacrifices to obtain their employment plans than would those able to purchase insurance privately. It might well be, however, that employees pay relatively less than self-employed persons for their benefits. Again, many employees who benefit from plans in government or corporations earn relatively high salaries, higher than the salaries of many self-employed persons. It is not just "top management and professionals" who purchase insurance privately, and it is not true that all employees are in inferior financial positions. Is the self-employed carpenter with private insurance in a better position than a deputy minister with employment sickness and disability plans? Clearly not. In the absence of further proof, the case that deduction of wage benefits is socially regressive is not made out.

5. *Subrogation*

The argument that it makes sense for the tortfeasor to pay damages for wage losses already indemnified by others succeeds only if the employer or insurer who pays the wage benefit recovers the damages allocated to lost wages from the employee by way of subrogation. In this case there is no double recovery. The burden is properly placed on the tortfeasor rather than the employee or insurance company. The latter result, unlike the result of double payment to the plaintiff, is defensible economically and in justice. For this reason,

tables pensions, une telle hypothèse ne peut être avancée. Comme le démontre le raisonnement de la Chambre des lords dans l'arrêt *Hussain*, le critère n'est pas qui a payé les prestations; il s'agit plutôt de déterminer si les prestations constituent un remplacement, ou une indemnité, pour le salaire perdu. Si tel est le cas, il s'agit d'un dédommagement dont il faut tenir compte.

Même si ce n'était pas le cas, cet argument suppose aussi soit que les employés ne peuvent pas se permettre d'acheter une assurance privée soit qu'ils font des sacrifices pécuniaires relativement plus grands pour obtenir leurs régimes d'emploi que les personnes qui sont capables d'acheter elles-mêmes une assurance. Toutefois, il se pourrait fort bien que les employés déboursent une somme relativement moins élevée pour les avantages dont ils bénéficient que les travailleurs indépendants. De nombreux employés qui profitent des régimes existant au sein du gouvernement ou d'entreprises touchent un salaire relativement élevé, plus élevé que celui d'un bon nombre de travailleurs indépendants. Ce ne sont pas uniquement les «cadres supérieurs et les professionnels» qui souscrivent leurs propres assurances et il n'est pas vrai que tous les employés ont une moins bonne situation financière. Le menuisier indépendant qui détient une assurance privée est-il dans une meilleure situation que le sous-ministre qui bénéficie d'un régime de congés de maladie et d'invalidité? Certes non. En l'absence d'autres preuves, il n'a pas été démontré que la déduction des prestations sous forme de salaire est régressive sur le plan social.

5. *La subrogation*

L'argument voulant qu'il soit raisonnable que l'auteur du délit civil paie des dommages-intérêts pour le salaire perdu dont la victime a déjà été indemnisée par des tiers ne peut être retenu que si l'employeur ou l'assureur qui paie les prestations sous forme de salaire recouvre de l'employé, par voie de subrogation, les dommages-intérêts attribués pour la perte de salaire. Dans ce cas, il n'y a pas double indemnisation. Le fardeau est à juste titre imposé à l'auteur du délit civil plutôt qu'à l'employé ou à la compagnie d'assurances. Ce

Ratych v. Bloomer suggested that where subrogation is exercised, no deduction for double recovery need be made.

If subrogation were effected in each case of payment of employment benefits, it would favour a regime of non-deduction of the benefits from damage awards in tort. The plaintiff would end up with compensation for his or her net loss, and no more. However, this is not what happens in the majority of cases. Rights of subrogation appear to be exercised rarely. The *Report of Inquiry into Motor Vehicle Accident Compensation in Ontario*, *supra*, at p. 430, concluded that the collateral benefits rule in Ontario resulted in persons with collateral sources of indemnity recovering an average of 136 percent of their gross wage loss. Similarly, the Ontario Law Reform Commission, in *Report on Compensation for Personal Injuries and Death* (1987), stated at pp. 189-90:

> . . . we are advised that disability insurers and employers generally do not exercise their rights of subrogation. Most disability and accident insurers apparently regard the cost of establishing a system of subrogation to be unwarranted in light of the benefit that would be derived and, accordingly, prefer to absorb and spread the amounts paid to the insured through their own funding structure. Employers also regard the exercise of subrogation rights to be impractical and costly, particularly where recovery would be attempted months or years after providing the benefit. They often have no effective means of monitoring the progress of the injured person's claim, or of identifying what parts of a settlement represent lost wages. Furthermore, there is a reluctance on the part of employers to exercise such a right of recovery because of its possibly detrimental impact on employee relations.

résultat, contrairement à la double indemnisation du demandeur, se défend d'un point de vue économique et juridique. C'est pour cette raison que l'arrêt *Ratych c. Bloomer* indiquait que, lorsque la subrogation est exercée, il n'y a pas lieu d'effectuer une déduction pour éviter la double indemnisation.

S'il y avait subrogation chaque fois que des prestations d'emploi sont versées, cela favoriserait un régime de non-déduction de ces prestations des montants accordés à titre de dommages-intérêts en matière délictuelle. Le demandeur obtiendrait en fin de compte une indemnité pour sa perte nette et rien de plus. Toutefois, ce n'est pas ce qui se produit dans la majorité des cas. Il semble que les droits de subrogation soient rarement exercés. Les auteurs du *Report of Inquiry into Motor Vehicle Accident Compensation in Ontario*, *op. cit.*, ont conclu, à la p. 430, que, par suite de l'application de la règle des prestations parallèles en Ontario, les personnes qui avaient des sources parallèles d'indemnité touchaient en moyenne 136 pour 100 de leur perte de salaire nette. De même, la Commission de réforme du droit de l'Ontario dans son *Report on Compensation for Personal Injuries and Death* (1987), a dit aux pp. 189 et 190:

> [TRADUCTION] . . . nous avons appris que les employeurs et les assureurs qui offrent des assurances-invalidité n'exercent généralement pas leurs droits de subrogation. La plupart des assureurs qui offrent des assurances-invalidité et des assurances contre les accidents semblent considérer que les coûts liés à la mise en place d'un système de subrogation sont injustifiés compte tenu des avantages qui en découleraient et, en conséquence, ils préfèrent absorber et répartir les sommes versées à l'assuré grâce à leur propre structure de financement. Les employeurs considèrent également que l'exercice des droits de subrogation n'est pas pratique et qu'il est coûteux, en particulier lorsque le recouvrement sera demandé des mois sinon des années après le versement des prestations. Ils n'ont souvent pas de moyens efficaces pour contrôler les progrès de la demande présentée par la personne blessée ou pour déterminer quels sont les éléments du règlement qui représentent le salaire perdu. De plus, les employeurs ont une certaine réticence à exercer un tel droit de recouvrement en raison des effets néfastes que cela pourrait avoir sur leurs rapports avec leurs employés.

The rare exercise of the right of subrogation suggests that the best approach is a regime of deductibility of employment plan benefits, subject to the plaintiff's right to claim the benefits if it is established that they will be paid over to the subrogated third party. In that case, the plaintiff would hold the recovered monies in trust on behalf of the subrogated insurer or employer: *Ratych*, *supra*, at p. 978.

6. *The Need for Certainty*

What is required is a coherent, consistent rule which can be applied with certainty (J. M. Flaherty, "A Purposeful Uniform Collateral Benefits Rule" (1991), 3 *C.I.L.R.* 1). Each year, thousands of cases similar to those at bar arise. Failing a negotiated settlement, they fall to be decided in our courts. Lack of certainty as to when a deduction for a benefit should be made adds to the complexity of settlement negotiations and increases the number of cases which must be litigated. This in turn adds to the burden on the courts, delays resolution of the plaintiff's suit, and increases the cost to the general public. The desirability of a coherent, consistent rule which can be applied with certainty favours adhering as closely as possible to the fundamental principle of restorative, compensatory damages for actual loss suffered.

Consider the problems posed by the rule based on contribution of the employee proposed by my colleague. Cases at either end of the spectrum are clear enough. At one extreme, the proceeds of a non-indemnity insurance policy purchased by the plaintiff, such as that at issue in *Bradburn*, would not be deducted. At the other extreme, benefits under a scheme whereby an employer simply continues to pay the employee's wages during the time he or she is off work are fully deductible: *Ratych v. Bloomer*. Between these extremes, however, lie a multiplicity of different situations susceptible of categorization as deductible or non-deductible depending upon whether the judge finds, on the facts, sufficient evidence of contribu-

Comme le droit de subrogation est rarement exercé, on peut penser que la meilleure solution est la déductibilité des prestations versées en vertu d'un régime d'emploi, sous réserve du droit du demandeur de réclamer les prestations s'il est démontré qu'elles seront versées au tiers subrogé. Dans ce cas, le demandeur garderait les sommes récupérées en fiducie pour l'employeur ou l'assureur subrogé: *Ratych*, précité, à la p. 978.

6. *Le besoin de certitude*

Ce dont nous avons besoin c'est d'une règle cohérente, uniforme, qui puisse être appliquée avec certitude (J. M. Flaherty, «A Purposeful Uniform Collateral Benefits Rule» (1991), 3 *C.I.L.R.* 1). Chaque année, des milliers d'affaires analogues à celles dont nous sommes saisis se présentent. À défaut d'un règlement négocié, les tribunaux en sont saisis. L'incertitude qui entoure la déduction des prestations complique davantage les négociations faites en vue d'un règlement et augmente le nombre de cas qui doivent être portés devant les tribunaux, ce qui entraîne un alourdissement de la charge des tribunaux, des retards dans le règlement des actions intentées par les demandeurs et une augmentation des coûts pour le public en général. Il y aurait lieu, en raison des avantages que présenterait une règle cohérente et uniforme pouvant être appliquée avec certitude, de s'en tenir aussi rigoureusement que possible au principe fondamental de l'octroi de dommages-intérêts compensatoires réparateurs pour le préjudice réel subi.

Examinons les problèmes posés par la règle fondée sur la contribution de l'employé qu'a proposée mon collègue. Les cas extrêmes qui peuvent se présenter dans l'éventail des possibilités sont assez clairs. D'une part, le produit d'une police d'assurance à caractère non indemnitaire souscrite par le demandeur, comme c'était le cas dans l'arrêt *Bradburn*, ne serait pas déduit. D'autre part, les prestations versées en vertu d'un régime prévoyant que l'employeur continue tout simplement de verser son salaire à l'employé pendant que celui-ci est absent du travail sont intégralement déductibles: *Ratych c. Bloomer*. Toutefois, entre ces deux extrêmes, il existe une multitude de cas différents où les prestations sont qualifiées de déductibles ou

tion by the plaintiff to bring the benefit into the category of something which the plaintiff has paid for or "earned". This is a question on which different people may hold different views. In fact, it is often possible to see the same benefit as having been paid for by either the employee or the employer, depending on how one looks at the benefit scheme and its integration into the compensation package.

Cory J. enumerates a number of evidentiary considerations which he states may be sufficient to bring a plan within the "insurance exception". However helpful these may be, the very number of the considerations and the vagueness of their parameters underscores the difficulty of determining whether there has been a sufficient contribution to bring the case within the insurance exception. The difficulties of applying an expanded *Bradburn* exception are reflected even in my colleague's reasons. In applying the rule, Cory J. seems to assume that all employer contributions are to the employee's account. But in another case, evidence might well demonstrate the contrary. Courts would then be in the position of trying to determine whether the employee's contribution was sufficient to bring it within the expanded insurance exception. Moreover, the reasoning by which Cory J. arrives at the conclusion that the employee paid for the benefit in the case of Mr. Shanks, who on the evidence contributed nothing to his wage benefit plan, demonstrates the large area left to inference by the test he proposes. The "open texture" of the process is caught by phrases such as "it must be inferred from this evidence that . . ."; "[t]here must have been trade-offs made by the employees . . ."; [i]t is hard to imagine that Mr. Shanks' employer was in any different position . . ."; and finally, "[i]t would . . . be cruelly insensitive and unrealistic to think that this was not the case after such a long strike" (p. 414).

de non déductibles, selon que le juge estime, en se fondant sur les faits, que la preuve de la contribution du demandeur est suffisante pour que ces prestations fassent partie de celles que le demandeur a payées ou «gagnées». Il s'agit d'une question sur laquelle différentes personnes peuvent avoir des points de vue différents. En fait, il est souvent possible de considérer que le même avantage a été payé soit par l'employé soit par l'employeur suivant l'interprétation que l'on fait du régime de prestations et de son incorporation au régime global d'indemnisation.

Le juge Cory énumère diverses considérations en matière de preuve qui, selon lui, peuvent être suffisantes pour qu'un régime soit assujetti à «l'exception visant les assurances». Aussi utiles que puissent être ces considérations, leur simple nombre et l'imprécision de leurs paramètres font ressortir la difficulté de déterminer s'il y a eu une contribution suffisante pour entraîner l'application de l'exception visant les assurances. Les motifs mêmes de mon collègue font ressortir les difficultés qu'entraîne l'application élargie de l'exception de l'arrêt *Bradburn*. En appliquant la règle, le juge Cory semble présumer que toutes les contributions faites par les employeurs le sont au profit de l'employé. Mais la preuve pourrait bien démontrer le contraire dans un autre cas. Les tribunaux devraient alors tenter de déterminer si la contribution de l'employé était suffisante pour que s'applique l'exception élargie visant les assurances. De plus, le raisonnement par lequel le juge Cory en arrive à conclure que l'employé a payé les prestations dans le cas de M. Shanks qui, suivant la preuve, n'a nullement contribué à son régime d'indemnisation salariale, indique que le critère qu'il propose fait une large place aux déductions. Diverses phrases permettent de saisir les lacunes du processus: «il faut conclure de la preuve que . . .»; «[l]es employés doivent avoir fait des concessions . . .»; [i]l est difficile d'imaginer que l'employeur de M. Shanks était dans une situation différente . . .»; et finalement, «il serait tout à fait irresponsable et irréaliste de croire que tel n'a pas été le cas après une aussi longue grève» (p. 414). Lorsque tant de questions sont laissées au domaine

Where so much must be left to inference and supposition, can litigation be far behind?

One solution to this uncertainty might be to introduce a deeming provision or a presumption that all employment benefit plans are paid for by the employee. But this poses problems of its own. How is *Ratych v. Bloomer*, which arguably involved a type of employment benefit scheme, to be distinguished? More fundamentally, what power has a court of review to replace the fact-finding task of the judge with presumptions or deeming provisions? The essential question — whether the employee has contributed to the premium bringing the benefit within the *Bradburn* principle — is one which would seem to lie squarely within the domain of the trial judge to decide on the evidence. But so long as this is so, the problem of uncertainty remains. The history of judicial attempts to deal with collateral benefits belies the suggestion that it is easy to decide when they should or should not be brought into account in a negligence action.

The better approach, in my view, is that adopted in England and other jurisdictions: to confine the *Bradburn* exception to the facts upon which it was enunciated. The proceeds of non-indemnity insurance would not be brought into account in assessing damages for negligence. Employment benefit plans, on the other hand, designed to indemnify the plaintiff for the inability to work, would be deductible from claims for lost earning capacity unless the plaintiff establishes that he or she is bringing the claim on behalf of a subrogated third party.

7. *Recommendations of Those Who Have Studied the Problem*

Often when courts are presented with policy arguments, they face the problem of insufficient study and expert comment on the ramifications of

des déductions et des suppositions, comment pourrait-il ne pas y avoir litige?

L'introduction d'une disposition déterminative ou d'une présomption suivant laquelle tous les régimes d'avantages sociaux sont payés par l'employé pourrait constituer une solution mettant un terme à cette incertitude. Mais cela ne va pas sans créer de problèmes. Comment établir une distinction d'avec l'arrêt *Ratych c. Bloomer* qui, pourrait-on avancer, concernait une sorte de régime d'avantages sociaux? Ce qui est plus important, quel pouvoir possède une cour d'appel de suppléer par des présomptions ou des dispositions déterminatives au rôle du juge qui est d'enquêter sur les faits? La question fondamentale — l'employé a-t-il contribué au paiement des primes de sorte que les prestations sont assujetties au principe formulé dans l'arrêt *Bradburn* — semble relever carrément des points que le juge de première instance doit trancher en se fondant sur la preuve. Mais tant qu'il en est ainsi, le problème de l'incertitude demeure. L'historique des diverses tentatives par les tribunaux de venir à bout de la question des prestations parallèles démontre que l'on a tort de penser qu'il est facile de décider quand elles devraient entrer en ligne de compte dans une action pour négligence.

À mon avis, la meilleure solution est celle adoptée en Angleterre et dans d'autres ressorts: confiner l'exception de l'arrêt *Bradburn* aux faits en fonction desquels elle a été formulée. Le produit d'une assurance à caractère non indemnitaire n'entrerait pas en ligne de compte dans le calcul des dommages-intérêts pour négligence. Par contre, les prestations versées en vertu de régimes d'emploi afin d'indemniser le demandeur de son incapacité de travailler seraient déductibles des réclamations présentées pour perte de la capacité de gagner un revenu, à moins que le demandeur n'établisse qu'il intente l'action au nom d'une tierce personne subrogée.

7. *Recommandations des personnes qui ont étudié le problème*

Il arrive fréquemment que les tribunaux, saisis d'arguments de principe, n'aient pas à leur disposition suffisamment d'analyses et de commentaires

the choices before them. That is not the case here. There exists a wealth of research and comment on the question of whether wage benefits and the like should be deducted from damage awards for the same losses. Virtually all of it favours deduction.

In Ontario, the Report of the Osborne Commission, *supra*, discussed the issue of collateral benefits at some length and concluded at p. 438 that a rule premised upon non-deductibility is "wasteful in practice and cannot be justified in principle. It ought to be changed." The Commission recommended that the collateral source rule be abolished, by statute if necessary, and that collateral benefits in the nature of indemnity payments be deducted from the relevant components of an award of damages in tort.

Similarly, the Ontario Law Reform Commission in its *Report on Compensation for Personal Injuries and Death*, *supra*, also recommended that collateral benefits be taken into account with respect to a damage award for a pecuniary loss. The Ontario Law Reform Commission, in fact, went farther than the Osborne Commission and recommended, *inter alia*, that all indemnity payments received by the plaintiff, including *ex gratia* payments, be assessed. The amount of those payments would then be set aside from the damage award and held in trust for the collateral source.

It is argued that art. 1608 of the 1994 *Civil Code of Québec* supports non-deduction of collateral benefits (at pp. 402-3). It should, however, be noted that art. 1608 is expressly stated not to apply to subrogated claims. Since art. 2474 provides for statutory subrogation of the insurer in all cases of damage insurance, it follows that art. 1608 will apply only to damage claims where the payment is

d'experts sur les répercussions des choix qui s'offrent à eux. Ce n'est pas le cas en l'espèce. En effet, la question de savoir si les prestations sous forme de salaire et les prestations analogues devraient être déduites du montant des dommages-intérêts attribués pour les mêmes pertes a fait l'objet d'une profusion de commentaires et de recherches qui préconisent presque tous la déduction.

En Ontario, la commission Osborne a examiné attentivement dans son rapport, *op. cit.*, la question des prestations parallèles et elle a conclu, à la p. 438, qu'une règle fondée sur la non-déductibilité [TRADUCTION] «entraîne en pratique du gaspillage et ne saurait se justifier en principe. Elle devrait être changée.» La Commission a recommandé que la règle de la source parallèle soit abolie, par voie législative si nécessaire, et que les prestations parallèles ayant la nature de règlements indemnitaires soient déduites des éléments pertinents du montant des dommages-intérêts accordés en matière délictuelle.

De même, la Commission de réforme du droit de l'Ontario dans son rapport intitulé *Report on Compensation for Personal Injuries and Death*, *op. cit.*, a aussi recommandé qu'il soit tenu compte des prestations parallèles dans le cas des dommages-intérêts attribués pour une perte pécuniaire. En fait, la Commission de réforme du droit de l'Ontario est allée plus loin que la commission Osborne et a notamment recommandé que tous les règlements indemnitaires reçus par le demandeur, y compris les paiements à titre gracieux, soient évalués. Les sommes ainsi reçues seraient ensuite séparées des dommages-intérêts et gardées en fiducie pour la source parallèle.

On soutient que l'art. 1608 du *Code civil du Québec* de 1994 confirme la non-déduction des prestations parallèles (aux pp. 402 et 403). Il faudrait toutefois noter que l'art. 1608 prévoit expressément qu'il ne s'applique pas dans le cas où il y a subrogation. Comme l'art. 2474 prévoit la subrogation légale de l'assureur dans tous les cas d'assurance de dommages, il s'ensuit que l'art. 1608 ne s'appliquera qu'aux réclamations de dommages-intérêts lorsque le paiement n'est pas fait par voie

not made by way of insurance. Article 1608 is therefore of very limited application.

Academic commentators also favour a rule of deductibility. Flaherty, *supra*, at p. 3, has suggested a rule in the following terms:

> All benefits in the nature of indemnity payments, regardless of source, are to be taken into account and deducted in the assessment of compensation to the plaintiff for pecuniary loss in tort.

He further suggests a corollary rule which ensures that the collateral source with an existing right to repayment will be able to recover from the defendant when choosing to exercise that right. Finally, for certainty, Flaherty states a third rule holding that where there is no right of repayment, the collateral benefits are still to be deducted from an award of damages for pecuniary loss.

Flaherty's position is echoed, albeit with minor variations, in articles published in the wake of the decision in *Ratych* by a number of other commentators: H. David, "Collateral Benefits: Ratych v. Bloomer" (1990), 12 *Advocates' Q.* 124; C. A. Taylor, "When is a Loss Not a Loss?: The Deductibility of Collateral Benefits after Ratych v. Bloomer" (1990), 12 *Advocates' Q.* 231; G. Dougans, "Collateral Benefits: Some Further Thoughts" (1991), 49 *Advocate* 43; H. David, "An Update on Collateral Benefits: Ratych v. Bloomer" (1992), 14 *Advocates' Q.* 221.

8. *Summary on Policy*

Considerations of policy and the views of those who have studied the problem support the deduction of wage benefits paid pursuant to employment plans from claims for lost earnings made against tortfeasors.

D. Conclusion on the Law

I conclude that principle, precedent and policy all favour the conclusion that wage benefits paid pursuant to employment plans should be deducted

d'une assurance. L'article 1608 ne s'applique donc que dans des cas très limités.

Les commentateurs préconisent aussi la règle de la déductibilité. Flaherty, *loc. cit.*, à la p. 3, a proposé une règle formulée comme suit:

> [TRADUCTION] Il faut tenir compte de toutes les prestations qui équivalent à des règlements indemnitaires, peu importe leur source, et les déduire dans le calcul de l'indemnité accordée au demandeur pour une perte pécuniaire en matière délictuelle.

Il propose en outre, comme corollaire, une règle qui permet à la source parallèle qui a droit à un remboursement de se faire indemniser par le défendeur lorsqu'elle décide d'exercer ce droit. Enfin, pour plus de certitude, Flaherty formule une troisième règle qui prévoit que, lorsqu'il n'y a aucun droit de remboursement, les prestations parallèles doivent néanmoins être déduites du montant des dommages-intérêts accordés pour la perte pécuniaire.

La thèse de Flaherty a trouvé écho, bien qu'elle ait été nuancée, dans des articles publiés par divers autres commentateurs après l'arrêt *Ratych*: H. David, «Collateral Benefits: Ratych v. Bloomer» (1990), 12 *Advocates' Q.* 124; C. A. Taylor, «When is a Loss Not a Loss?: The Deductibility of Collateral Benefits after Ratych v. Bloomer» (1990), 12 *Advocates' Q.* 231; G. Dougans, «Collateral Benefits: Some Further Thoughts» (1991), 49 *Advocate* 43; H. David, «An Update on Collateral Benefits: Ratych v. Bloomer» (1992), 14 *Advocates' Q.* 221.

8. *Résumé de la politique du droit*

Les considérations générales ainsi que les opinions de ceux qui ont étudié le problème appuient la déduction des prestations sous forme de salaire versées conformément à des régimes d'emploi des sommes qui sont réclamées aux auteurs de délits civils pour perte de revenu.

D. Conclusion quant au droit

Je conclus que les principes juridiques, les précédents et la politique du droit nous amènent tous à conclure que les prestations sous forme de salaire

from damages for loss of earnings claimed against the tortfeasor, except where it is established that a right of subrogation will be exercised, thereby avoiding double recovery. The only exceptions that should be endorsed are charity and cases of non-indemnity insurance or pensions. Any benefits which indemnify the plaintiff against wage loss must be brought into account in a damage claim for that loss against a tortfeasor because, to the extent the plaintiff has been indemnified, no loss arises. On the other hand, benefits which are not in the nature of indemnification for the loss claimed against the tortfeasor need not be brought into account.

versées conformément à des régimes d'emploi devraient être déduites des dommages-intérêts réclamés à l'auteur d'un délit civil pour perte de revenu, sauf lorsqu'il est démontré qu'un droit de subrogation sera exercé, ce qui permettra d'éviter une double indemnisation. Les seules exceptions qui devraient être reconnues sont les dons de charité et les pensions ou les assurances à caractère non indemnitaire. Toutes les prestations qui servent à indemniser le demandeur de sa perte de salaire doivent entrer en ligne de compte dans les dommages-intérêts réclamés à l'auteur du délit civil pour cette perte étant donné que, dans la mesure où le demandeur a été dédommagé, il n'y a aucune perte. Par contre, il n'est pas nécessaire de tenir compte des prestations qui n'équivalent pas à une indemnité accordée pour la perte dont réparation est demandée à l'auteur du délit civil.

E. Application to the Facts of this Case

The benefits under the plans at issue on these appeals were paid in lieu of wages to the plaintiffs. Having been compensated for these lost wages, neither Shanks, Miller nor Cunningham can claim that they suffered a loss for those amounts. For the reasons I have suggested, the benefits should not be held to fall under any of the exceptions to the principle of compensatory damages. It follows that they must be brought into account in calculating damages.

The Court of Appeal held that notwithstanding the fact that generally the benefits must be deducted from the damages, this should not happen in the case of Shanks' long-term disability benefits because the employer was subrogated to them. It did the same in the case of Miller, even though there appears to have been no subrogation in that case. The latter conclusion appears to have been in error. I would dismiss the appeals except in the Miller action, where the appeal should be allowed.

E. Application aux faits de l'espèce

Les prestations versées en vertu des régimes dont il est question dans les présents pourvois ont été payées aux demandeurs en remplacement de leurs salaires. Ayant été dédommagés de leurs pertes de salaire, ni Shanks, ni Miller ni Cunningham ne peuvent prétendre avoir subi une perte égale à ces sommes. Pour les motifs que j'ai avancés, il ne faudrait pas considérer que ces prestations sont visées par l'une des exceptions au principe des dommages-intérêts compensatoires. Il s'ensuit qu'il faut en tenir compte dans le calcul des dommages-intérêts.

La Cour d'appel a statué que même si, en règle générale, les prestations doivent être déduites des dommages-intérêts, cela ne devrait pas être le cas pour les prestations d'invalidité de longue durée reçues par Shanks parce qu'il y a eu subrogation de l'employeur. Elle a tiré la même conclusion dans le cas de Miller, même s'il semble qu'il n'y ait pas eu subrogation. Cette dernière conclusion paraît donc erronée. Je suis d'avis de rejeter les pourvois, sauf le pourvoi Miller, qui devrait être accueilli.

Like Cory J., I would make no deduction of the amount of income tax which would have been owing on wages, and dismiss the cross-appeal.

The judgment of Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

CORY J. — These three appeals were heard together. They raise the following questions. First, should payments received by a plaintiff pursuant to a private policy of insurance be deducted from the amount recovered for loss of wages? Second, if private policies of insurance are to be exempt from deduction, then should disability benefits negotiated under a collective agreement also be exempted from deduction? Third, if disability benefits provided by a collective agreement are to be exempt from deduction, what proof is required of the payment for the benefits by the plaintiff employee? Fourth, should there be a reduction in the amount paid for loss of wages equivalent to the amount of income tax which would have been payable on those wages?

I. *Cunningham v. Wheeler*

Factual Background

Some confusion may arise from the designation of the parties as appellants or respondents. I will therefore refer to those seeking to recover lost wages without deduction of their insurance or disability benefits as the plaintiffs, and those arguing for deduction as the defendants.

On November 14, 1988, the plaintiff Bradwell Cunningham was injured when he was struck by a car while he was walking across a road. At the time he was 46 years old and had been employed by B.C. Rail, for about 25 years. He was in hospital for 9 days and off work for almost 20 weeks. During this period, pursuant to the provisions of a

Comme le juge Cory, je suis d'avis de ne pas déduire le montant de l'impôt sur le revenu qui aurait été payable sur les salaires et de rejeter le pourvoi incident.

Version française du jugement des juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE CORY — Les trois pourvois ont été entendus ensemble. Ils soulèvent les questions suivantes. Premièrement, les sommes reçues par un demandeur en vertu d'une police d'assurance privée devraient-elles être déduites du montant qui lui a été accordé pour compenser sa perte de salaire? Deuxièmement, si aucune déduction ne doit être faite relativement aux polices d'assurance privées, devrait-il en être de même des prestations découlant d'un régime d'invalidité négocié dans le cadre d'une convention collective? Troisièmement, si les prestations découlant d'un régime d'invalidité négocié dans une convention collective ne doivent pas être déduites, quelle preuve doit fournir l'employé-demandeur que c'est lui qui les a payées? Quatrièmement, une somme égale à l'impôt sur le revenu qui aurait été payable sur le salaire devrait-elle être déduite de l'indemnité accordée pour la perte de salaire?

I. *Cunningham c. Wheeler*

Les faits

L'emploi des termes appelants et intimés pour désigner les parties pourrait causer une certaine confusion. C'est pourquoi j'appellerai demandeurs les personnes qui tentent de recouvrer le salaire perdu sans déduction de leurs prestations d'assurance ou de leurs prestations d'invalidité, et défendeurs les parties qui réclament la déduction.

Le 14 novembre 1988, le demandeur Bradwell Cunningham a été blessé quand il a été heurté par une automobile au moment où il traversait une route. À l'époque, il était âgé de 46 ans et il travaillait depuis environ 25 ans pour B.C. Rail. Il a été hospitalisé pendant neuf jours et il n'a pas travaillé pendant environ 20 semaines. Pendant cette

collective bargaining agreement, he collected disability benefits which amounted to $5,327.15.

No deductions were made from his pay for the disability benefits. However, there was evidence accepted by the trial judge which demonstrated that collateral benefits formed an important aspect of the negotiations between the company and its various unions. A union representative and the company vice-president of human resources explained that if the indemnity coverage was increased, there would be a proportionate decrease in either the hourly wages or the other collateral benefits paid to the employees. Put another way, it was said that under the collective bargaining agreement the employees were entitled to receive an hourly wage package. That package was made up of an hourly rate of pay together with the collateral benefits. If the disability benefits were to be abandoned, then the hourly wage rate would be proportionately higher. The company held the funds for the disability payments and turned them over to the Aetna Group Canada for management. Mr. Cunningham was not required to repay the weekly disability benefits he recovered from the defendants either to B.C. Rail or to Aetna Group Canada.

Decision at Trial

The trial judge found that the evidence established the disability benefits paid to Cunningham were directly paid for by him. He noted that any increase in the disability benefits would result in a proportionate decrease in the hourly wage rate or other benefits.

He considered the decision of this Court in *Ratych v. Bloomer*, [1990] 1 S.C.R. 940. He concluded that the plaintiff Cunningham had established that the indemnity benefits were paid for by him as part of his wage package. He therefore determined that the weekly disability payments should not be deducted in calculating the amount

période, il a touché, conformément aux dispositions d'une convention collective, des prestations d'invalidité s'élevant à 5 327,15 $.

Aucune déduction n'était faite sur son salaire pour le régime d'invalidité. Toutefois, certains éléments de preuve, admis par le juge de première instance, indiquaient que des prestations parallèles pouvant être versées avaient constitué un point important des négociations entre la compagnie et ses divers syndicats. Un représentant syndical et le vice-président aux ressources humaines de la compagnie ont expliqué qu'une augmentation de l'étendue de la protection entraînerait une diminution proportionnelle soit du salaire horaire soit des autres avantages accordés aux employés. Autrement dit, on a affirmé que, en vertu de la convention collective, les employés avaient le droit de recevoir une rémunération horaire globale que représentaient le taux de salaire horaire ainsi que les autres avantages. En cas de renonciation au régime d'invalidité, le taux horaire de salaire serait alors proportionnellement plus élevé. La compagnie détenait les fonds pour le régime d'invalidité et les remettait à Aetna Group Canada, qui s'occupait de leur gestion. Monsieur Cunningham n'était pas tenu de rembourser à B.C. Rail ou à Aetna Group Canada les prestations hebdomadaires d'invalidité qu'il a obtenues des défendeurs.

Le jugement de première instance

Le juge de première instance a conclu que la preuve démontrait que Cunningham avait payé directement le régime d'invalidité dont il bénéficiait. Il a signalé que toute augmentation du régime d'invalidité entraînerait une diminution proportionnelle du taux de salaire horaire ou d'autres avantages.

Il a examiné l'arrêt de notre Cour *Ratych c. Bloomer*, [1990] 1 R.C.S. 940. Il a conclu que le demandeur Cunningham avait démontré qu'il avait lui-même payé les prestations d'invalidité sur sa rémunération globale. Il a donc déterminé que les prestations hebdomadaires d'invalidité ne devraient pas être déduites dans le calcul du mon-

payable by the defendants for the wages lost by the plaintiff as a result of his injuries.

The Court of Appeal

The Court of Appeal ((1991), 64 B.C.L.R. (2d) 62) determined that since there was no subrogation right in the employer, and the direct funding for the disability benefits came from the employer, the plan was not in the nature of a private insurance policy. As a result the court held that the funds received should be deducted from the damage award. The position was put this way (at p. 81):

> It is quite true, as was pointed out, by Mr. Justice Anderson in his judgment in *Cunningham v. Wheeler*, that there are trade-offs in wage negotiations and, in the case of B.C. Rail, it might well be willing to raise the wages of its employees if the disability plan was abandoned.
>
> But I have no reason to think that the Peel Regional Board of Commissioners of Police did not look at the costs of paying the salaries of injured policemen as part of the wage cost to the Board. The right of Constable Ratych against the Board was of no different order than the right of Mr. Cunningham against B.C. Rail.

The Private Insurance Policy — Its History of Exemption From Deduction and Its Present Status

For over 119 years, the courts of England and Canada have held that payments received for loss of wages pursuant to a private policy of insurance should not be deducted from the lost wages claim of a plaintiff. The first question to be considered is whether the rationale for this exemption persists. In my view there are convincing reasons both for the existence of the policy and for its continuation.

At the outset, it may be well to state once again the principle of recovery in an action for tort. Simply, it is to compensate the injured party as completely as possible for the loss suffered as a result of the negligent action or inaction of the defendant. However, the plaintiff is not entitled to a double recovery for any loss arising from the injury. How

tant payable par les défendeurs pour la perte de salaire subie par le demandeur par suite de ses blessures.

La Cour d'appel

La Cour d'appel ((1991), 64 B.C.L.R. (2d) 62) a statué que, étant donné que l'employeur n'avait aucun droit de subrogation et qu'il finançait directement le régime d'invalidité, celui-ci n'équivalait pas à une police d'assurance privée. La cour a donc conclu que les sommes reçues devraient être déduites du montant des dommages-intérêts accordés. Elle a exprimé ainsi sa position (à la p. 81):

> [TRADUCTION] Il est tout à fait vrai, comme l'a signalé le juge Anderson dans l'affaire *Cunningham c. Wheeler*, que les négociations salariales donnent lieu à des concessions mutuelles et qu'il est fort possible que B.C. Rail accepterait d'augmenter les salaires de ses employés s'ils renonçaient au régime d'invalidité.
>
> Je n'ai toutefois aucune raison de penser que la Peel Regional Board of Commissioners of Police [la Commission] n'a pas considéré que ce qu'il lui en coûte pour rétribuer des policiers blessés fait partie de sa charge salariale. Le droit de l'agent Ratych contre la Commission n'était pas d'un ordre différent de celui de M. Cunningham contre B.C. Rail.

La police d'assurance privée — Historique de l'exemption et situation actuelle

Pendant plus de 119 ans, les tribunaux anglais et canadiens ont conclu que les sommes reçues pour perte de salaire en vertu d'une police d'assurance privée ne devraient pas être déduites du montant réclamé par un demandeur pour le salaire perdu. Il faut tout d'abord se demander si la raison d'être de cette exemption demeure. À mon avis, il existe des raisons convaincantes qui justifient à la fois son existence et son maintien.

D'entrée de jeu, il convient de rappeler le principe de l'indemnisation dans une action en responsabilité délictuelle. Il s'agit tout simplement d'indemniser la partie lésée aussi pleinement que possible de la perte qu'elle a subie par suite de l'action ou de l'omission négligentes du défendeur. Cependant, le demandeur n'a pas droit à une dou-

then has the insurance exception arisen? It was first formally recognized in *Bradburn v. Great Western Rail Co.*, [1874-80] All E.R. Rep. 195 (Ex. Div.). In that case the plaintiff had been injured as a result of the negligence of the defendant railway company. The plaintiff had received a sum of money from a private insurer to compensate him for lost income as a result of the accident. It was held that the plaintiff was entitled to full damages from the defendant as well as the payment from the insurer. That is to say, there was to be no deduction of the insurance proceeds received from his recovery from the defendant. This result was explained by stating that there would be no justice in setting off an amount to which the plaintiff had entitled himself under a contract of insurance such as any prudent man would make. The justification for the rule is explained in these words at p. 197 in the reasons of Pigott B.:

> . . . I think that there would be no justice or principle in setting off an amount which the plaintiff has entitled himself to under a contract of insurance, such as any prudent man would make on the principle of, as the expression is, "laying by for a rainy day." He pays the premiums upon a contract which, if he meets with an accident, entitles him to receive a sum of money. It is not because he meets with the accident, but because he made a contract with, and paid premiums to, the insurance company, for that express purpose, that he gets the money from them. It is true that there must be the element of accident in order to entitle him to the money; but it is under and by reason of his contract with the insurance company, that he gets the amount; and I think that it ought not, upon any principle of justice, to be deducted from the amount of the damages proved to have been sustained by him through the negligence of the defendants.

The decision of the court in that case was founded on the ground that the accident was not the *causa causans* of the receipt of the insurance benefits, but merely a *causa sine qua non*.

Later the basis for the exemption was shifted from the causal reason set out in *Bradburn* to one

ble indemnisation pour les pertes découlant du préjudice. Alors, comment l'exception applicable aux assurances est-elle apparue? Elle a été reconnue officiellement pour la première fois dans l'arrêt *Bradburn c. Great Western Rail Co.*, [1874-80] All E.R. Rep. 195 (Ex. Div.). Dans cette affaire, le demandeur avait subi des blessures à cause de la négligence de la société de chemins de fer défenderesse. Il avait reçu d'un assureur privé une somme à titre d'indemnité pour la perte de revenu subie à la suite de l'accident. Il a été statué que le demandeur avait le droit de recevoir à la fois les dommages-intérêts payables par la défenderesse et le montant payable par l'assureur. C'est donc dire que le produit de l'assurance ne devait pas être déduit du montant qu'il avait obtenu de la défenderesse. La cour a justifié sa décision en disant qu'il ne serait pas juste de défalquer un montant auquel le demandeur s'était donné droit en vertu d'un contrat d'assurance qu'il avait souscrit comme tout homme prudent l'aurait fait. Le baron Pigott a expliqué le fondement de cette règle à la p. 197 de ses motifs:

> [TRADUCTION] . . . je crois qu'il ne serait ni juste ni conforme aux principes de défalquer un montant auquel le demandeur s'est donné droit en vertu d'un contrat d'assurance, parce qu'en homme prudent, il a, comme dit l'adage, «fait des provisions pour les mauvais jours». Il paie les primes d'un contrat en vertu duquel, s'il est victime d'un accident, il a le droit de recevoir une somme d'argent. Ce n'est pas parce qu'il est victime d'un accident, mais parce qu'il a conclu un contrat avec la compagnie d'assurances et lui a versé des primes à cette fin précise qu'il reçoit d'elle une somme d'argent. Certes, un accident est essentiel pour qu'il puisse toucher cet argent; mais c'est en vertu et en raison du contrat conclu avec la compagnie d'assurances qu'il reçoit cet argent; et, en toute justice, je pense que cette somme ne devrait pas être déduite du montant des dommages que, suivant la preuve, il a subis par suite de la négligence des défendeurs.

La décision de la cour dans cette affaire reposait sur le principe que l'accident avait été non pas la *causa causans* mais simplement une *causa sine qua non* du versement des prestations d'assurance.

Plus tard, ce n'est plus la cause déterminante énoncée dans l'arrêt *Bradburn* qui a servi de fon-

based on the fact that the plaintiff had paid for the insurance benefit and that benefit thus paid for should not enure to the benefit of the defendant. This was the approach adopted by Asquith L.J. for the Court of Appeal in *Shearman v. Folland*, [1950] 1 All E.R. 976, at p. 978:

> What in a given case is, and what is not, "collateral"? Insurance affords the classic example of something which is treated in law as collateral. Where X is insured by Y against injury which comes to be wrongly inflicted on him by Z, Z cannot set up in mitigation or extinction of his own liability X's right to be recouped by Y or the fact that X has been recouped by Y: *Bradburn* v. *Great Western Ry. Co.* [*supra*] and *Simpson* v. *Thomson* [(1877), 3 App. Cas. 279; 38 L.T. 1; 29 Digest 290, 2355]. There are special reasons for this. If the wrongdoer were entitled to set-off what the plaintiff was entitled to recoup or had recouped under his policy, he would, in effect, be depriving the plaintiff of all benefit from the premiums paid by the latter and appropriating that benefit to himself.

This reasoning was adopted by the House of Lords in *Parry v. Cleaver*, *infra*.

The English courts have in some cases narrowly interpreted the non-deductibility rule, but the application of the *Bradburn* rule to private insurance has never been questioned. In *Browning v. War Office*, [1962] 3 All E.R. 1089 (C.A.), the majority of the Court of Appeal held that the plaintiff's disability pension should be deducted in assessing his damages for lost earnings. However, both Lord Denning, M.R. and Diplock L.J. cited the *Bradburn* rule as an exception to the principle that a plaintiff should be compensated for his or her full loss, but no more.

In *Parry v. Cleaver*, [1969] 1 All E.R. 555, the majority of the House of Lords reversed *Browning* and held that a police officer's disability pension should not be taken into account in assessing his damages for loss of income. Their reasons affirmed the importance of the *Bradburn* rule, and justified it in terms of fairness. Lord Reid stated at p. 558:

dement à l'exemption mais le fait que le demandeur avait payé les primes d'assurance et que les sommes ainsi dépensées ne devaient pas profiter au défendeur. Tel a été le point de vue du lord juge Asquith de la Cour d'appel dans l'arrêt *Shearman c. Folland*, [1950] 1 All E.R. 976, à la p. 978:

> [TRADUCTION] Dans une affaire donnée, quelles sont les prestations qui sont «parallèles» et quelles sont celles qui ne le sont pas? L'assurance constitue l'exemple classique de ce que le droit considère parallèle. Lorsque X est assuré par Y contre les blessures que Z lui a infligées par sa faute, Z ne peut réduire sa propre responsabilité ou compenser sa dette par le droit qu'a X d'être indemnisé par Y ou le fait que X a été indemnisé par Y: *Bradburn* c. *Great Western Ry. Co.* [précité] et *Simpson* c. *Thomson* [(1877), 3 App. Cas. 279; 38 L.T. 1; 29 Digest 290, 2355]. Il y a des motifs spéciaux à cela. Si l'auteur du délit civil pouvait déduire ce que le demandeur a le droit de recevoir ou a reçu comme indemnité, il priverait effectivement le demandeur de tous les avantages que le paiement des primes pouvait lui procurer et s'approprierait ces avantages pour lui-même.

La Chambre des lords a adopté ce même raisonnement dans l'arrêt *Parry c. Cleaver*, *infra*.

Les tribunaux anglais ont, dans certains cas, interprété restrictivement la règle de la non-déductibilité, mais ils n'ont jamais mis en doute l'application de la règle de l'arrêt *Bradburn* aux assurances privées. Dans l'arrêt *Browning c. War Office*, [1962] 3 All E.R. 1089 (C.A.), la Cour d'appel a décidé, à la majorité, que la pension d'invalidité du demandeur devrait être déduite dans le calcul de ses dommages-intérêts pour perte de salaire. Toutefois, le maître des rôles lord Denning et le lord juge Diplock ont l'un et l'autre cité la règle de l'arrêt *Bradburn* comme une exception au principe selon lequel le demandeur devrait être pleinement indemnisé de sa perte, sans plus.

Dans l'arrêt *Parry c. Cleaver*, [1969] 1 All E.R. 555, la Chambre des lords, à la majorité, a infirmé l'arrêt *Browning* et elle a statué qu'il ne faudrait pas tenir compte de la pension d'invalidité d'un policier dans le calcul de ses dommages-intérêts pour perte de revenu. Dans leurs motifs, les juges majoritaires ont confirmé l'importance de la règle de l'arrêt *Bradburn* et ont justifié celle-ci en invoquant l'équité. Lord Reid a dit à la p. 558:

As regards moneys coming to the plaintiff under a contract of insurance, I think that the real and substantial reason for disregarding them is that the plaintiff has bought them and that it would be unjust and unreasonable to hold that the money which he prudently spent on premiums and the benefit from it should enure to the benefit of the tortfeasor. Here again I think that the explanation that this is too remote is artificial and unreal. Why should the plaintiff be left worse off than if he had never insured?

Lord Pearce stated at pp. 575-76:

One must, I think, start with the firm basis that *Bradburn* v. *Great Western Ry. Co.* was rightly decided and that the benefits from a private insurance by the plaintiff are not to be taken in account.

. . .

The Australian cases have accepted *Bradburn's* case as correct. So, too, the Canadian cases. It has never been criticised in our courts. It accords with the view of the AMERICAN RESTATEMENT. And counsel for the respondent has not assailed it here.

One may put the justification of *Bradburn's* case on various grounds. PIGOTT, B., in deciding it said:

> ". . . there would be no justice or principle in setting off an amount which the plaintiff has entitled himself to under a contract of insurance, such as any prudent man would make on the principle of, as the expression is 'laying by for a rainy day' . . . It is true that there must be the element of accident in order to entitle him to the money; but it is under and by reason of his contract with the insurance company, that he gets the amount; and I think it ought not, upon any principle of justice, to be deducted from the amount of the damages proved to have been sustained by him through the negligence of the defendants."

In *Shearman* v. *Folland* the court in a judgment given by ASQUITH, L.J., in discussing what benefits were merely "collateral" said of *Bradburn's* case:

> "If the wrongdoer were entitled to set-off what the plaintiff was entitled to recoup or had recouped under his policy, he would, in effect, be depriving the plain-

[TRADUCTION] Pour ce qui est des sommes dues au demandeur en vertu d'un contrat d'assurance, je crois que le véritable motif de ne pas les prendre en compte tient à ce que le demandeur les a achetées et qu'il serait injuste et abusif de statuer que les sommes qu'il a prudemment consacrées au paiement des primes et des avantages qui en découlent profitent à l'auteur du délit civil. Ici encore, je crois que l'explication, selon laquelle cela présente un lien de connexité insuffisant, est artificielle et forcée. Pourquoi le demandeur devrait-il se retrouver dans une situation pire que s'il n'avait pas souscrit d'assurance?

Lord Peace a dit, aux pp. 575 et 576:

[TRADUCTION] Il faut, je crois, partir du principe que l'arrêt *Bradburn* c. *Great Western Ry. Co.* est un bon arrêt et qu'il n'y a pas lieu de prendre en compte les prestations que le demandeur tire d'une assurance privée.

. . .

La jurisprudence australienne a considéré que l'arrêt *Bradburn* est juste. La jurisprudence canadienne aussi. L'arrêt n'a jamais été critiqué devant nos tribunaux. Il est conforme au point de vue de l'AMERICAN RESTATEMENT. L'avocat de l'intimé ne l'a pas contesté en l'espèce.

Divers motifs peuvent être invoqués pour justifier l'arrêt *Bradburn*. Le baron PIGOTT a dit ce qui suit dans sa décision:

> «. . . il ne serait ni juste ni conforme aux principes de défalquer un montant auquel le demandeur s'est donné droit en vertu d'un contrat d'assurance, parce qu'en homme prudent, il a, comme dit l'adage, «fait des provisions pour les mauvais jours». [. . .] Certes, un accident est essentiel pour qu'il puisse toucher cet argent; mais c'est en vertu et en raison du contrat conclu avec la compagnie d'assurances qu'il reçoit cet argent; et, en toute justice, je pense que cette somme ne devrait pas être déduite du montant des dommages que, suivant la preuve, il a subis par suite de la négligence des défendeurs.»

Examinant la question des prestations qui ne sont que «parallèles», lord ASQUITH a dit dans l'arrêt *Shearman* c. *Folland* au sujet de l'arrêt *Bradburn*:

> «Si l'auteur du délit civil pouvait déduire ce que le demandeur a le droit de recevoir ou a reçu comme indemnité, il priverait effectivement le demandeur de

tiff of all benefit from the premiums paid by the latter and appropriating that benefit to himself."

In *Hussain v. New Taplow Paper Mills Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 541, the House of Lords once again affirmed the importance of the *Bradburn* rule. At pages 544-45 Lord Bridge stated:

> ... where a plaintiff recovers under an insurance policy for which he has paid the premiums, the insurance moneys are not deductible from damages payable by the tortfeasor....

The *Bradburn* rule has been consistently applied by Canadian courts. It has been affirmed by appellate courts in Saskatchewan (*Tubb v. Lief*, [1932] 3 W.W.R. 245 (Sask. C.A.), *Dawson v. Sawatzky*, [1946] 1 W.W.R. 33 (Sask. C.A.)), New Brunswick (*Bourgeois v. Tzrop* (1957), 9 D.L.R. (2d) 214 (N.B.S.C.A.D.)), Ontario (*Boarelli v. Flannigan*, [1973] 3 O.R. 69 (C.A.)), and British Columbia (*Chan v. Butcher*, [1984] 4 W.W.R. 363 (B.C.C.A.)). In *Canadian Pacific Ltd. v. Gill*, [1973] S.C.R. 654, at pp. 667-68, and in *Guy v. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 756, at pp. 762-63, this Court affirmed the principle first set out in *Bradburn*'s case and adopted in *Parry v. Cleaver* that the proceeds of insurance should not be deducted from a plaintiff's damages.

I think the exemption for the private policy of insurance should be maintained. It has a long history. It is understood and accepted. There has never been any confusion as to when it should be applied. More importantly it is based on fairness. All who insure themselves for disability benefits are displaying wisdom and forethought in making provision for the continuation of some income in case of disabling injury or illness. The acquisition of the policy has social benefits for those insured, their dependants and indeed their community. It represents forbearance and self-denial on the part of the purchaser of the policy to provide for contingencies. The individual may never make a claim

tous les avantages que le paiement des primes pouvait lui procurer et s'approprierait ces avantages pour lui-même.»

Dans l'arrêt *Hussain c. New Taplow Paper Mills Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 541, la Chambre des lords a encore une fois confirmé l'importance de la règle de l'arrêt *Bradburn*. Lord Bridge y dit, aux pp. 544 et 545:

> [TRADUCTION] ... quand un demandeur est indemnisé en vertu d'une police d'assurance pour laquelle il a payé des primes, le produit de l'assurance n'est pas déductible des dommages-intérêts payables par l'auteur du délit civil ...

Les tribunaux canadiens ont appliqué sans exception la règle de l'arrêt *Bradburn*. Cette règle a été confirmée par les cours d'appel de la Saskatchewan (*Tubb c. Lief*, [1932] 3 W.W.R. 245 (C.A. Sask.), *Dawson c. Sawatzky*, [1946] 1 W.W.R. 33 (C.A. Sask.)), du Nouveau-Brunswick (*Bourgeois c. Tzrop* (1957), 9 D.L.R. (2d) 214 (C.S.N.-B., Div. app.)), de l'Ontario (*Boarelli c. Flannigan*, [1973] 3 O.R. 69 (C.A.)), et de la Colombie-Britannique (*Chan c. Butcher*, [1984] 4 W.W.R. 363 (C.A.C.-B.)). Dans les arrêts *Canadian Pacific Ltd. c. Gill*, [1973] R.C.S. 654, aux pp. 667 et 668, et *Guy c. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 756, aux pp. 762 et 763, notre Cour a confirmé le principe, formulé pour la première fois dans l'arrêt *Bradburn* et adopté dans l'arrêt *Parry c. Cleaver*, selon lequel le produit d'une assurance ne devrait pas être déduit des dommages-intérêts accordés à un demandeur.

Je pense que l'exemption visant les polices d'assurance privées devrait être maintenue. Elle existe depuis longtemps. Elle est bien comprise et acceptée. Il n'y a jamais eu confusion quant aux cas où elle devrait s'appliquer. Ce qui est plus important, elle repose sur l'équité. Les personnes qui souscrivent une assurance-invalidité font preuve de sagesse et de prévoyance en prenant les mesures nécessaires pour continuer à toucher un certain revenu en cas de blessure invalidante ou de maladie. La souscription de la police présente des avantages sur le plan social pour les assurés, les personnes qui sont à leur charge et, en fait, pour leur collectivité. Elle dénote la prévoyance du souscrip-

on the policy and the premiums paid may be a total loss. Yet the policy provides security.

Recovery in tort is dependent on the plaintiff establishing injury and loss resulting from an act of misfeasance or nonfeasance on the part of the defendant, the tortfeasor. I can see no reason why a tortfeasor should benefit from the sacrifices made by a plaintiff in obtaining an insurance policy to provide for lost wages. Tort recovery is based on some wrongdoing. It makes little sense for a wrongdoer to benefit from the private act of forethought and sacrifice of the plaintiff.

There is a good reason why the courts should be slow to change a carefully considered long-standing policy that no deductions should be made for insurance monies paid for lost wages. If any action is to be taken, it should be by legislatures. It is significant that in general no such action has been taken.

Although in Ontario the non-deductibility principle was abandoned in relation to motor vehicle accidents when a no-fault motor vehicle insurance regime was enacted, the general rule in other tort litigation of non-deductibility has not been altered: s. 267 of the *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8. It is significant that this was done in the context of creating a new system for compensating victims of motor vehicle accidents, largely outside traditional tort law. The non-deductibility rule in respect to tort damages has not been altered in any of the other provinces. Even more significantly, the Quebec legislators, after careful consideration of the advantages and disadvantages, specifically provided that there was to be no deductibility. The provision of the *Civil Code of Québec* and the Attorney General's commentaries are instructive. They are as follows:

teur de la police et les privations qu'il doit s'imposer pour parer à toute éventualité. Il est possible qu'il n'ait jamais à réclamer d'indemnité et qu'il perde ainsi la totalité des primes versées. Néanmoins, la police lui assure une protection.

Pour qu'il y ait indemnisation en matière délictuelle, le demandeur doit démontrer un préjudice et une perte découlant de l'action fautive ou de l'inaction du défendeur, l'auteur du délit. Je ne vois aucune raison pour laquelle l'auteur d'un délit devrait profiter des sacrifices consentis par un demandeur pour obtenir une police d'assurance le protégeant contre les pertes de salaire. L'indemnisation en matière délictuelle est fondée sur une action fautive. Il est illogique que l'auteur d'un délit puisse profiter de la prévoyance et des sacrifices du demandeur.

Il existe une bonne raison pour laquelle les tribunaux devraient hésiter à modifier une pratique ancienne et mûrement réfléchie selon laquelle les prestations d'assurance versées pour les pertes de salaire ne devraient pas être déduites. C'est aux législateurs qu'il appartiendrait d'agir le cas échéant. Il est révélateur que, en règle générale, ils ne l'ont pas fait.

En Ontario, le principe de la non-déductibilité a été abandonné dans le cas des accidents de la route au moment de l'adoption d'un régime d'assurance-automobile sans égard à la responsabilité, mais la règle générale en ce qui concerne les autres litiges touchant la non-déductibilité en responsabilité délictuelle n'a pas été modifiée: art. 267 de la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1990, ch. I.8. Il est révélateur que l'abandon de ce principe se soit fait dans le contexte de la mise en œuvre d'un nouveau régime d'indemnisation des victimes d'accidents de la route, largement en dehors du droit de la responsabilité délictuelle traditionnel. La règle de la non-déductibilité touchant les dommages-intérêts en matière délictuelle n'a été modifiée dans aucune autre province. Ce qui est encore plus révélateur, au Québec, après avoir pesé attentivement le pour et le contre, le législateur a expressément prévu qu'il n'y aurait pas de déductibilité. L'article pertinent du *Code civil du Québec* et les commentaires du procureur général sont instructifs. Les voici:

Article 1608

The obligation of the debtor to pay damages to the creditor is neither reduced nor altered by the fact that the creditor receives a prestation from a third person, as a result of the injury he has sustained, except so far as the third person is subrogated to the rights of the creditor.

Commentary on Article 1608

[TRANSLATION] This article adopts, with a few changes and making its application more general, the rule regarding insurance contracts stated in art. 2494 C.C.L.C.

It is intended to resolve the question of whether the obligation on a debtor to compensate can be reduced or altered by payments made to the creditor by a third party, whether those payments are gratuitous or for consideration. This would be the case if, for example, without being required to do so, the creditor's employer continued to pay him his salary while he was unable to work; it would also be the case if the creditor's insurer paid him, in his capacity as an insured, the proceeds of an insurance policy he had taken out.

Giving a negative answer to this question may sometimes result in giving the creditor double compensation — what he receives from the third party and what he is paid by the debtor — and so conferring an enrichment on him; such an answer may also seem contrary to the principle of compensation for injury, since in some cases the injury may no longer exist as the third party may have already given compensation for it.

On the other hand, an affirmative answer seems contrary to the preventive function of the obligation to compensate, and may also lead to the somewhat disturbing result of relieving the debtor of any obligation to compensate solely as the result of the good will of a third party or the creditor's foresight in protecting himself at his own expense against the possibility of the injury.

The article comes down in favour of a negative answer to this question of whether the debtor's obligation to compensate may be reduced or altered by payments the creditor receives from a third party; but so as to avoid the principal cases in which double compensation would result, it expressly excludes situations where the third party is legally or by agreement subrogated to the creditor's rights.

This is the solution which seems fairest in the circumstances, especially as most of the payments made by third parties — social security indemnities, insurance

Article 1608

L'obligation du débiteur de payer des dommages-intérêts au créancier n'est ni atténuée ni modifiée par le fait que le créancier reçoive une prestation d'un tiers, par suite du préjudice qu'il a subi, sauf dans la mesure où le tiers est subrogé aux droits du créancier.

Commentaire sur l'article 1608

Cet article reprend, avec quelques modifications et en en généralisant l'application, la règle prévue à l'article 2494 C.C.B.C., relatif aux contrats d'assurance.

Il vise à régler la question de savoir si l'obligation de réparer qui pèse sur le débiteur peut être atténuée ou modifiée par des prestations versées au créancier par un tiers, que ces versements soient à titre gratuit ou à titre onéreux. Telle serait la situation si, par exemple, l'employeur du créancier continuait, sans y être tenu, de lui verser son salaire pendant son incapacité; telle serait aussi la situation, si l'assureur du créancier lui versait, en sa qualité d'assuré, le produit d'une assurance qu'il a souscrite.

Donner une réponse négative à cette question peut parfois conduire à faire bénéficier le créancier d'une double indemnité — celle qu'il reçoit du tiers et celle que lui verse le débiteur — et donc à lui procurer un enrichissement; une telle réponse peut aussi paraître contraire au principe de la réparation du préjudice, puisque le préjudice risque, en certains cas, de ne plus exister, ayant déjà été indemnisé par le tiers.

En revanche, une réponse affirmative paraît contraire au rôle préventif de l'obligation de réparer et, de plus, peut conduire au résultat, assez choquant, d'exonérer le débiteur de toute obligation de réparation, uniquement par suite de la bienveillance d'un tiers ou de la prévoyance du créancier qui s'est prémuni, à ses frais, contre l'éventualité du préjudice.

L'article tranche en faveur d'une réponse négative à cette question de savoir si l'obligation de réparer du débiteur peut être atténuée ou modifiée par les prestations que reçoit le créancier de tiers; mais afin d'éviter les principaux cas donnant ouverture à une double indemnisation, elle fait expressément la réserve des situations où le tiers est subrogé, légalement ou conventionnellement, aux droits du créancier.

Il s'agit là de la solution qui paraît la plus juste, dans les circonstances, d'autant plus que la plupart des prestations versées par des tiers — indemnités de sécurité

payments or payments resulting from collective labour agreements — are not really in the nature of an indemnity and in any case are not meant to compensate for the injury sustained by the creditor.

Should the Insurance Exception Apply in the Situation Where Disability Benefits Are Obtained Not Privately But Pursuant to a Collective Bargaining Agreement?

The Court of Appeal refused to exempt the disability payments received by the plaintiff because they were obtained as a result of a collective bargaining agreement, rather than by way of a direct deduction from his pay. That, I think, is too narrow an exception. They were bargained for and obtained as a result of a reduction in the hourly rate of pay. These benefits were therefore obtained and paid for by the plaintiff just as much as if he had bought and privately paid for a policy of disability insurance.

The scheme in this case can qualify as an insurance exception on the basis of the reasons of the majority in *Ratych v. Bloomer*, *supra*. In that case, McLachlin J. writing for the majority specifically limited her comments to benefits which were not in the nature of insurance or gratuitous payments in these words (at p. 983):

> These comments should not be taken as extending to types of collateral benefits other than lost earnings, such as insurance paid for by the plaintiff and gratuitous payments made by third parties.

To say that the exception applies only to private insurance, where actual premiums are paid to the insurance company, would create barriers that are unfair and artificial. It would mean that top management and professionals who could well afford to purchase their own insurance would have the benefit of the insurance exception, while those who made the same provision and made relatively greater financial sacrifices to provide for the disability payments through their collective bargaining agreement would be denied the benefits of the insurance exception. This would be manifestly

sociale, d'assurance, ou résultant des conventions collectives de travail — ne présentent pas un caractère indemnitaire véritable et, en tout cas, ne sont pas destinées à réparer le préjudice subi par le créancier.

L'exception visant les assurances devrait-elle s'appliquer lorsque les prestations d'invalidité sont versées en vertu non pas d'un contrat privé mais d'une convention collective?

La Cour d'appel a refusé d'appliquer l'exception aux prestations d'invalidité touchées par le demandeur parce qu'il les avaient reçues en conséquence d'une convention collective plutôt que par suite de retenues directes sur son salaire. Je pense qu'il s'agit là d'une exception trop limitée. Ces avantages ont fait l'objet de négociations et ils ont été obtenus en échange d'une réduction du taux de salaire horaire. Le demandeur a donc obtenu et payé ces avantages comme s'il avait lui-même souscrit et payé une police d'assurance-invalidité.

Compte tenu des motifs de la majorité dans l'arrêt *Ratych c. Bloomer*, précité, le régime dont il est question en l'espèce peut être assimilé à une exception visant les assurances. S'exprimant au nom de la majorité, le juge McLachlin a expressément limité ses observations dans cet arrêt aux prestations autres que les assurances ou les paiements à titre gracieux (à la p. 983):

> Ces observations ne devraient pas être interprétées comme s'appliquant à des genres de prestations parallèles autres que le paiement du salaire perdu, comme les assurances payées par le demandeur et les paiements à titre gracieux faits par des tiers.

Affirmer que l'exception ne s'applique qu'aux assurances privées, qui exigent le versement effectif de primes à la compagnie d'assurances, créerait des obstacles injustes et artificiels. Cela signifierait que les cadres supérieurs et les professionnels qui peuvent se permettre de souscrire leur propre assurance pourraient se prévaloir de l'exception applicable aux assurances, tandis que les personnes qui ont pris les mêmes dispositions et ont dû consentir des sacrifices pécuniaires relativement plus importants pour prévoir le versement de prestations d'invalidité dans leur convention collective ne pour-

unfair. There is no basis for such a socially regressive distinction.

Union representation and collective bargaining are recognized as a means for working people to protect their interests. The benefits for which employees have bargained in good faith should not be sacrificed simply because the mode of payment for the disability benefit is different from that in private insurance contracts. Where evidence is adduced that an employee-plaintiff has paid in some manner for his or her benefits under a collective agreement or contract of employment, the insurance exception should apply. It would be unjust to deprive employees of the benefits which, through prudence and thrift, they have provided for themselves.

On the facts of *Ratych v. Bloomer* McLachlin J. found that it could not be established that the plaintiff in that case had paid for the benefits at issue, thus making them in the nature of private insurance. However, she held that if there were evidence that the plaintiff had paid for the benefits, they might not be deductible. At page 972, she stated:

> I accept that if an employee can establish that he or she has suffered a loss in exchange for obtaining wages during the time he or she could not work, the employee should be compensated for that loss. Thus in *Lavigne v. Doucet* the New Brunswick Court of Appeal quite rightly allowed damages for loss of accumulated sick benefits. I also accept that if an employee can establish that he or she directly paid for a policy in the nature of insurance against unemployment, equivalent to a private insurance, he or she may be able to recover the benefits of that policy, although I would leave resolution of this question for another case.

These are two different exceptions. The first has nothing to do with the insurance exception, but covers a situation where although the employee continues to receive a salary while off work, he or she has to give up something else to receive it. An example of such a loss, provided by McLachlin J., is sick leave. The employee continues to receive

raient pas le faire. Ce serait manifestement injuste. Il n'y a aucun motif de faire une distinction aussi régressive sur le plan social.

La représentation syndicale et la négociation collective sont reconnues comme des façons pour les travailleurs de protéger leurs intérêts. Les avantages pour lesquels les employés ont négocié de bonne foi ne devraient pas être sacrifiés pour le simple motif que la façon dont les paiements sont faits pour avoir droit aux prestations d'invalidité diffère de celle prévue dans les contrats d'assurance privés. Lorsque la preuve est faite qu'un employé-demandeur a payé d'une certaine manière les avantages conférés par une convention collective ou par un contrat de travail, l'exception visant les assurances devrait s'appliquer. Il serait injuste de priver les employés des avantages qu'ils se sont assurés par leur prudence et leur prévoyance.

Après avoir examiné les faits, le juge McLachlin a conclu dans l'arrêt *Ratych c. Bloomer* qu'on ne pouvait établir que le demandeur avait payé les avantages en cause les rendant donc assimilables à de l'assurance privée. Elle a toutefois jugé que si la preuve indiquait que le demandeur avait payé ces avantages, les prestations pourraient fort bien ne pas être déductibles. Elle a dit, à la p. 972:

> Je conviens que, si un employé peut prouver qu'il a subi une perte en échange du salaire reçu pendant la durée de son incapacité de travailler, il devrait être dédommagé de cette perte. C'est donc à très juste titre que la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, dans l'affaire *Lavigne v. Doucet*, a accordé des dommages-intérêts pour la perte de crédits de congé de maladie accumulés. Je reconnais en outre que, si un employé peut établir qu'il a payé directement une police d'assurance contre le chômage équivalant à une assurance privée, il se peut qu'il puisse récupérer les prestations versées en vertu de cette police, quoique je sois d'avis d'attendre un autre litige pour régler cette question.

Il s'agit de deux exceptions différentes. La première n'a rien à voir avec l'exception applicable aux assurances mais vise le cas où, même si l'employé continue de recevoir son salaire pendant qu'il ne travaille pas, il doit céder quelque chose d'autre pour le recevoir. Le juge McLachlin donne comme exemple d'une telle perte les congés de

wages, but gives up sick days, which he or she could have used at some other time. In such a situation the insurance exception does not arise, because there is in fact no double compensation problem. The employee who uses up his sick leave to get wages while he or she is off work loses the sick benefits, and so should be compensated for them. Or alternatively, the employee could decide not to use his or her sick days, and not get paid. There is also a loss in such a case.

maladie. L'employé continue de toucher son salaire, mais il doit céder des congés de maladie qu'il aurait pu utiliser à un autre moment. Dans un tel cas, l'exception visant les assurances ne s'applique pas car, en fait, le problème de la double indemnisation ne se pose pas. L'employé qui épuise ses congés de maladie pour toucher son salaire pendant qu'il ne travaille pas perd ses crédits de congé de maladie et il devrait donc être dédommagé. Subsidiairement, l'employé pourrait décider de ne pas utiliser ses congés de maladie et ne pas être payé. Il y a aussi une perte dans un tel cas.

The second exception McLachlin describes is an application of the insurance exception. However, she held that proof was required that the employee had paid for the benefit in some way to make it akin to private insurance.

La seconde exception décrite par le juge McLachlin est une application de l'exception visant les assurances. Elle a toutefois conclu qu'il fallait prouver que l'employé avait payé d'une certaine manière l'avantage conféré pour que celui-ci s'apparente à une assurance privée.

McLachlin J., although recognizing the rule for personal insurance, questioned whether, aside from the evidentiary requirement, there was some substantive reason for there to be deductibility in cases where the benefits arise out of a contract of employment. At pages 973-74 she wrote:

Tout en reconnaissant la règle applicable à l'assurance personnelle, le juge McLachlin s'est demandé si, en dehors des exigences en matière de preuve, il y avait une raison fondamentale justifiant la déductibilité dans les cas où les prestations sont versées en vertu d'un contrat de travail. Elle écrit, aux pp. 973 et 974:

> The foregoing comments rest primarily on evidentiary considerations. Approaching the problem from a substantive point of view, it may be that there is a valid distinction between cases where a person has prudently obtained and paid for personal insurance and cases where the benefits flow from the employer/employee relationship. The law has long recognized that in the first situation an exception should be made to the usual rule against double recovery. The existence of such an exception does not mean it should be extended to situations where personal prudence and deprivation are not demonstrated. In the latter case there is little to be weighed in the balance against the general policy of the law against double compensation.

> Les observations qui précèdent reposent avant tout sur des considérations en matière de preuve. Si on aborde le problème du point de vue du fond, il se peut qu'il y ait une distinction valide entre le cas où une personne a souscrit et payé par mesure de prudence une assurance personnelle et celui où les prestations versées découlent de la relation employeur-employé. Le droit reconnaît depuis longtemps que, dans le premier cas, une exception devrait être faite à la règle habituelle qui interdit la double indemnisation. L'existence d'une telle exception ne signifie pas qu'on devrait l'appliquer aux cas où il n'a pas été démontré qu'une personne a fait preuve de prudence et qu'elle a subi une perte. Dans le dernier cas, il y a peu de chose qui puisse permettre de faire exception à la politique générale de la règle interdisant la double indemnisation.

The substantive concern is, I think, inextricably linked with the evidentiary requirement. Once the evidentiary requirement is met, the substantive concern for personal prudence and deprivation will

Je pense que la question fondamentale est inextricablement liée aux exigences en matière de preuve. Une fois ces exigences satisfaites, la question fondamentale de la prudence dont a fait

also be satisfied. If the plaintiff can show that he or she has paid for the benefits in the nature of insurance against unemployment akin to private insurance, that same proof will also demonstrate personal prudence and deprivation. Indeed such a deprivation for an employee will often be proportionately very much higher than that of the executive or professional person acquiring personal insurance.

In my view *Ratych v. Bloomer*, *supra*, simply placed an evidentiary burden upon plaintiffs to establish that they had paid for the provision of disability benefits. I think the manner of payment may be found, for example, in evidence pertaining to the provisions of a collective bargaining agreement just as clearly as in a direct payroll deduction.

Further, the presence or absence of a third party carrier for the insurance will not affect the non-deductibility of the benefits from the wage claim. A requirement of a third-party carrier as a necessary condition for non-deductibility was considered, and in my view properly rejected, by the House of Lords in *Parry v. Cleaver*. At page 558, Lord Reid asks and answers this question:

> Then I ask — why should it make any difference that he insured by arrangement with his employer rather than with an insurance company? In the course of the argument the distinction came down to be as narrow as this: if the employer says nothing or merely advises the man to insure and he does so, then the insurance money will not be deductible; but if the employer makes it a term of the contract of employment that he shall insure himself and he does so, then the insurance money will be deductible. There must be something wrong with an argument which drives us to so unreasonable a conclusion.

It is often more economical for large corporations to self-insure than to purchase insurance from a third party carrier. Risk can be spread among the employees, who are the policy-holders of the self-insurance. The law should not discourage the effi-

preuve une personne et de la perte qu'elle a subie sera aussi réglée. Si le demandeur peut établir qu'il a payé les avantages assimilables à une assurance contre le chômage équivalant à une assurance privée, la même preuve servira aussi à démontrer qu'il a agi avec prudence et qu'il a subi une perte. Souvent, la perte subie par l'employé sera proportionnellement beaucoup plus élevée que celle que subit le cadre ou le professionnel ayant souscrit une assurance personnelle.

À mon avis, l'arrêt *Ratych c. Bloomer*, précité, oblige tout simplement les demandeurs à démontrer qu'ils ont payé pour recevoir des prestations d'invalidité. Je pense que le mode de paiement peut être constaté, par exemple, tout autant dans la preuve relative aux dispositions d'une convention collective que par les retenues salariales directes.

De plus, la présence ou l'absence d'un tiers assureur n'aura aucune incidence sur la non-déductibilité des prestations du montant réclamé à titre de salaire. Dans l'arrêt *Parry c. Cleaver*, la Chambre des lords a examiné et rejeté à juste titre, à mon avis, la présence d'un tiers assureur comme condition essentielle à la non-déductibilité. À la page 558, lord Reid pose la question suivante et y répond:

> [TRADUCTION] Alors je me demande ceci — pourquoi cela devrait-il faire une différence qu'il soit assuré par convention avec son employeur plutôt que par une compagnie d'assurances? Pendant les plaidoiries la distinction a été ramenée à ceci: si l'employeur ne dit rien ou recommande simplement à l'employé de s'assurer et que celui-ci le fait, alors les prestations d'assurance ne seront pas déductibles; mais si l'employeur porte dans les conditions du contrat de travail qu'il doit s'assurer lui-même et qu'il le fait, les prestations d'assurance seront déductibles. Il doit y avoir une faille dans un argument qui nous amène à tirer une conclusion aussi déraisonnable.

Il est souvent plus économique pour les grandes entreprises de s'autoassurer plutôt que de souscrire une assurance auprès d'un assureur. Le risque peut être réparti entre les employés qui sont les souscripteurs de l'autoassurance. Le droit ne devrait

ciencies of self-insurance within large corporations or government agencies.

What Proof is Required to Establish Payment for the Disability Benefits by the Plaintiff? In Other Words, What Proof is Necessary to Establish the Insurance Policy Nature of the Disability Benefits?

In *Ratych v. Bloomer*, there was no evidence put forward that the plaintiff had paid for the disability benefits. What type of proof will be required to show that the benefits are in the nature of insurance? It is my opinion that what is required by the *Ratych* decision is that there be evidence adduced of some type of consideration given up by the employee in return for the benefit. The method or means of payment of the consideration is not determinative. Evidence of a contribution to the plan by the employee, whether paid for directly or by a reduced hourly wage reflected in a collective bargaining agreement, will be sufficient.

Generally speaking, any of the following examples, by no means an exhaustive list, provide the sort of evidence that could well be sufficient to establish that the employee paid for the benefit:

(1) Evidence that there were trade-offs in the collective bargaining process, which demonstrate that the employee has forgone higher wages or other benefits in return for the disability benefits. In such a case, the employee has paid for the benefits through wages foregone.

(2) Evidence of some money foregone by the employee in return for the benefits. For example if the employees gave up the return of a percentage of their Unemployment Insurance Plan premiums in return for the benefits.

(3) Evidence of a direct contribution by the employee, in a form such as payroll deductions, in

pas constituer un obstacle au bon fonctionnement de l'autoassurance au sein des grandes entreprises ou des organismes gouvernementaux.

Quelle est la preuve requise pour établir que le demandeur a payé le régime d'invalidité; en d'autres termes, quelle est la preuve nécessaire pour établir que le régime d'invalidité équivaut à une police d'assurance?

Dans l'arrêt *Ratych c. Bloomer*, le demandeur n'a pas démontré qu'il avait payé les prestations d'invalidité. Quel genre de preuve sera nécessaire pour établir que le régime équivaut à une assurance? Je suis d'avis que l'arrêt *Ratych* exige que l'on fournisse la preuve d'une certaine forme de contrepartie de la part de l'employé en échange des avantages qui lui ont été conférés. La méthode ou le mode de paiement de la contrepartie n'est pas déterminant. Il suffira de produire la preuve que l'employé a contribué au régime soit en versant directement des cotisations soit en acceptant une réduction du salaire horaire dans la convention collective.

De façon générale, les exemples qui suivent, et qui ne sont absolument pas exhaustifs, indiquent le genre de preuve qui pourrait fort bien suffire à établir que l'employé a payé les avantages qui lui sont conférés.

(1) La preuve que la négociation collective a donné lieu à des concessions mutuelles et que l'employé a renoncé à un salaire plus élevé ou à d'autres avantages en échange du régime d'invalidité. Dans un tel cas, l'employé a payé les avantages en renonçant aux sommes qui auraient pu lui être versées comme salaire.

(2) La preuve que l'employé a renoncé à certaines sommes d'argent en échange du régime. C'est le cas, par exemple, si les employés renoncent au remboursement d'un pourcentage de leurs cotisations au régime d'assurance-chômage en échange des avantages.

(3) La preuve d'une contribution directe de l'employé, sous la forme de retenues à la source, en

return for the benefits. Such a contribution need not be 100 percent of the premium.

(4) Evidence of payments by the employer for the benefits made on behalf of the employee which shows that those payments were part of the employee's wages, and thus the employee provided work for the employer in order to have the premium paid. For example, if the employer's contribution is listed on the employee's pay slip or statement of benefits, it can reasonably be inferred that the contribution is part of the employee's wage package.

The application of the insurance exception to benefits received under a contract of employment should not be limited to cases where the plaintiff is a member of a union and bargains collectively. Benefits received under the employment contracts of non-unionized employees will also be non-deductible if proof is provided of payment in some manner by the employee for the benefits. Although there may not be evidence of negotiations for the wage/benefits package which makes up the employee's remuneration, evidence that the employer takes the cost of benefits into account in determining wages would adequately establish that the employee contributed by way of a trade-off against higher wages. Clearly, if the non-union employee contributed to the plan by means of payroll deductions, that would prove the employee's contribution. Again, these suggested methods of proof are not an exhaustive list.

In this appeal, there is evidence that the plaintiff paid for the benefits pursuant to his collective agreements through the trade-off of a reduced hourly wage rate. For this reason, this case is distinguishable from *Ratych v. Bloomer*, since there is evidence to bring him within the insurance exception.

Disposition of the Cunningham Appeal

In the result, the collateral benefits obtained by Cunningham as a result of his collective bargain-

échange des avantages. Il n'est pas nécessaire que cette contribution soit égale au montant total de la prime.

(4) La preuve que l'employeur a payé les avantages au nom de l'employé, que ces paiements font partie de sa rémunération et que l'employé a donc fourni du travail à l'employeur pour que la prime soit payée. Par exemple, si la part de l'employeur est indiquée sur la fiche de paye ou sur l'état des avantages sociaux de l'employé, on peut raisonnablement conclure que celle-ci fait partie de la rémunération globale de l'employé.

L'exception visant les assurances ne devrait pas s'appliquer aux avantages conférés en vertu d'un contrat de travail seulement lorsque le demandeur est syndiqué et négocie collectivement. Les prestations reçues par un employé non syndiqué en vertu de son contrat de travail seront également non déductibles s'il est démontré que l'employé a d'une certaine manière payé les avantages conférés. Même s'il n'y a aucune preuve des négociations faites relativement à l'ensemble des salaires et avantages sociaux qui forment la rémunération de l'employé, la preuve que l'employeur tient compte du coût des avantages conférés dans le calcul de la rémunération suffira à établir que l'employé a fourni sa part en faisant un compromis et en renonçant à un salaire plus élevé. Il est évident que les retenues à la source sur le salaire de l'employé non syndiqué permettent de prouver sa participation au régime. Encore une fois, je rappelle qu'il ne s'agit pas d'une énumération exhaustive des modes de preuve qui peuvent être utilisés.

Dans le présent pourvoi, la preuve indique que le demandeur a payé les avantages conférés en vertu de sa convention collective en acceptant une réduction du taux de salaire horaire. Pour ce motif, il faut distinguer l'espèce de l'arrêt *Ratych c. Bloomer*, car la preuve permet d'appliquer au cas du demandeur l'exception visant les assurances.

Dispositif du pourvoi Cunningham

En conséquence, les avantages parallèles obtenus par Cunningham en vertu de sa convention

ing agreement are in the nature of a private policy of insurance. The benefits obtained under the collective agreement, like those obtained under a private policy of insurance, should not be deducted from the claim for lost wages. The order of the Court of Appeal should be amended accordingly. The plaintiff should have his costs throughout.

II. *Miller v. Cooper*

Factual Background

On September 4, 1987 Mariea Cooper was injured in a motor vehicle accident. At that time she had been employed for nine years by MacMillan Bloedel in its Port Alberni Pulp Mill. After the accident she attempted unsuccessfully to return to work. At the time of the trial, three years after the accident, she was still totally disabled. The trial judge found that she would continue to be so for a further one and one-half years.

Mrs. Cooper as a member of a union was a party to a collective bargaining agreement. That agreement provided both long-term and short-term disability plans. Her share of the cost of each of these plans was 30 percent, paid by means of deductions from her pay, set out in her pay slips. The employer paid the balance.

Before trial, Mrs. Cooper received $26,102.86 in short-term disability benefits, and was entitled to further sums post-trial if her disability continued. The plaintiff was not obligated to repay the short-term disability benefits, either to MacMillan Bloedel or the insurance carrier Crown Life Insurance Company.

Judgment at Trial and on Appeal

The trial judge considered *Ratych v. Bloomer* and decided that the disability provisions were paid for in part by the employee and in part by the employer pursuant to the collective bargaining

collective équivalent à une police d'assurance privée. Les prestations versées en vertu de la convention collective, tout comme celles obtenues aux termes d'une police d'assurance privée, ne devraient pas être déduites du montant réclamé pour le salaire perdu. L'ordonnance de la Cour d'appel devrait être modifiée en conséquence. Le demandeur devrait avoir droit à ses dépens dans toutes les cours.

II. *Miller c. Cooper*

Les faits

Le 4 septembre 1987, Mariea Cooper a été blessée dans un accident de la circulation. À l'époque, elle travaillait à l'usine de pâte à papier MacMillan Bloedel à Port Alberni et ce, depuis neuf ans. Après l'accident, elle a tenté sans succès de retourner au travail. Au moment du procès, trois ans après l'accident, elle était encore complètement invalide. Le juge de première instance a conclu que son état persisterait pendant encore un an et demi.

En tant que travailleuse syndiquée, Mme Cooper était assujettie à une convention collective qui prévoyait un régime d'invalidité de longue durée ainsi qu'un régime d'invalidité de courte durée. La quote-part de la demanderesse pour chacun de ces régimes était fixée à 30 pour 100; celle-ci était retenue à la source et indiquée sur ses fiches de paye. L'employeur payait le reste.

Avant le procès, Mme Cooper a reçu une somme de 26 102,86 $ à titre de prestations d'invalidité de courte durée et elle avait droit au versement d'autres sommes après le procès si son invalidité persistait. La demanderesse n'était pas tenue de rembourser les prestations d'invalidité de courte durée à MacMillan Bloedel ou à l'assureur, la Crown, Compagnie d'Assurance-Vie.

Les juridictions inférieures

Le juge de première instance a examiné l'arrêt *Ratych c. Bloomer* et a décidé que le régime d'invalidité avait été payé en partie par l'employée et en partie par l'employeur conformément à la con-

agreement. He determined that the company deducted its costs of the disability benefits from the hourly wage paid to the employees. It was his opinion that even though there was no subrogation provision, as a result of the payment by the plaintiff of 30 percent of the premium cost of the insurance she came within the category of those who had bought insurance. As a result, he concluded that her benefits should not be deducted from her recovery for lost wages.

The Court of Appeal as well concluded that in light of the payments made by the plaintiff, the disability benefit provisions were in the nature of a private contract of insurance and should not be deducted from her recovery for loss of wages.

Analysis

It is clear that the disability benefits were in the nature of an insurance policy. As such they should not be deducted from the lost wages recovered from the defendant.

The evidence put forward in this case demonstrates, in my view, the wisdom of the policy of non-deductibility of disability payments such as these. The plaintiff paid 30 percent of the costs of the benefits, while the employer paid 70 percent. Yet the evidence given by a union representative and a negotiator for the pulp and paper companies established that the employer negotiated the entire contract on the basis of the cost per hour per employee. Whatever sums the employer contributed to fringe benefits such as the disability payments were deducted from the total hourly wage that would otherwise have been paid to the employee. Thus the entire cost of the benefits was in fact paid by the employee. It is interesting to consider the amounts paid by the employee during the course of her 11 years of employment up to the time of trial. With regard to the long-term benefits, the collective agreement provided that the employer would retain the employee's 5/12th share of the reduction in premiums which resulted from the provision of the long-term disability benefits. Thus the employee paid for the long-term disabil-

vention collective. Il a jugé que la compagnie avait déduit ses coûts pour le régime d'invalidité du salaire horaire qu'il versait à ses employés. Il était d'avis que, même s'il n'existait aucune clause de subrogation, la demanderesse entrait dans la catégorie des souscripteurs d'assurance parce qu'elle avait payé 30 pour 100 du coût de l'assurance. En conséquence, il a conclu que ses prestations ne devraient pas être déduites de l'indemnité accordée pour le salaire perdu.

La Cour d'appel a elle aussi conclu que, en raison des paiements faits par la demanderesse, le régime d'invalidité équivalait à un contrat d'assurance privé et les prestations ne devraient pas être déduites de la somme qui lui a été accordée à titre d'indemnité pour perte de salaire.

Analyse

Il est évident que le régime d'invalidité équivalait à une police d'assurance. Les prestations ne devraient donc pas être déduites de la somme versée par la défenderesse à titre d'indemnité pour le salaire perdu.

La preuve produite dans cette affaire démontre, à mon avis, la sagesse de la règle de la non-déductibilité des prestations d'invalidité de ce genre. La demanderesse a assumé 30 pour 100 du coût du régime et l'employeur, 70 pour 100. Toutefois, il ressort du témoignage d'un représentant syndical et de celui d'un négociateur des compagnies de pâtes et papier que l'employeur a négocié l'ensemble du contrat en fonction du coût horaire pour chaque employé. C'est ainsi que toutes les sommes payées par l'employeur pour les avantages sociaux, comme le régime d'invalidité, ont été défalquées du salaire horaire total qui aurait autrement été versé à l'employée. C'est donc l'employée qui a en réalité payé la totalité du coût des avantages conférés. Il est intéressant d'examiner les sommes versées par l'employée pendant ses 11 années de travail, jusqu'au moment du procès. Dans le cas des prestations de longue durée, la convention collective prévoyait que l'employeur retiendrait la part de l'employée correspondant aux cinq douzièmes de la réduction du taux de cotisation découlant du versement de prestations d'inva-

ity benefits by way of foregoing the return of the unemployment insurance premium as well as the 30 percent payroll deduction.

All of the employer's share of payments for the plan was in essence deducted from the hourly wages that would otherwise have been paid to the plaintiff. Specifically the employer paid $840 per year towards the short-term benefits. That, coupled with the annual deductions of $360 from the employee for the short-term benefits, amounted to the sum of $1,200 per year. For the long-term payments, the employer paid approximately $727 per year which, coupled with the employee's payment of $311, amounted to a total of $1,038 per year. The total cost of the short- and long-term disability insurance to Mrs. Cooper was over $2,200 per year. Clearly, there was a considerable amount paid by her for this insurance. The disability benefits represented a significant portion of her annual wages and represented a very real self-denial. The cost to her of this form of insurance would be considerably higher proportionally than would the cost of premiums for private insurance paid by a company executive or professional person. Her sacrifice was correspondingly greater.

Socially, these disability payments represented a significant safeguard for her. They meant that she could live and remain independent without resort to social assistance. Nor should it be forgotten that the insurance itself represents a gamble for the insured person. It might well be that Mrs. Cooper could have worked her entire career without any disabling injury and retired without ever having resorted to disability payments. It follows that for the reasons expressed in the *Cunningham* appeal there should not be any deduction from any recovery for lost wages. If it could be said to be double recovery, it constitutes a very small reward for the self-denial which the heavy cost of premiums represents for the individual assured. There is a benefit received by society resulting from the purchase of these disability benefits by the plaintiff. The

lidité de longue durée. L'employée a donc payé le régime d'invalidité de longue durée en renonçant au remboursement des cotisations d'assurance-chômage de même que par les retenues à la source qui représentaient 30 pour 100 du coût du régime.

Tous les paiements faits par l'employeur pour sa participation au régime ont été déduits du salaire horaire qui aurait autrement été versé à la demanderesse. Plus précisément, l'employeur a versé 840 $ annuellement en ce qui concerne les prestations de courte durée. Cette somme plus les déductions annuelles de 360 $ sur le salaire de l'employée donnent un total de 1 200 $ par an. En ce qui concerne les prestations de longue durée, l'employeur versait environ 727 $ par an, somme qui, ajoutée au paiement de 311 $ de l'employée, portait le total annuel à 1 038 $. Pour Mme Cooper, le coût total de son assurance-invalidité de courte et de longue durée excédait 2 200 $ par an. Elle versait manifestement une somme considérable pour cette assurance. Les cotisations au régime d'invalidité représentaient une fraction importante de son salaire annuel et constituaient un véritable sacrifice. Le coût pour la demanderesse de cette forme d'assurance était proportionnellement beaucoup plus élevé que le coût des primes d'une assurance privée payées par le dirigeant d'une entreprise ou par un professionnel. Son sacrifice était d'autant plus grand.

Sur le plan social, ce régime d'invalidité représentait une protection importante pour elle. Il signifiait qu'elle pourrait vivre et demeurer indépendante sans avoir recours à l'aide sociale. Il ne faut pas non plus oublier que l'assurance est en soi un coup de dé pour l'assuré. En effet, Mme Cooper aurait fort bien pu travailler toute sa vie sans subir de blessure invalidante et prendre sa retraite sans avoir jamais touché de prestations d'invalidité. Il en résulte que, pour les motifs fournis dans le pourvoi *Cunningham*, aucune somme ne devrait être déduite de l'indemnité accordée pour le salaire perdu. Même si l'on pouvait affirmer qu'il y a double indemnisation, ce n'est là qu'une bien faible rétribution pour les privations que le coût élevé des primes représente pour l'assurée. L'achat d'un régime d'invalidité par la demanderesse profite à

long history of the non-deductibility of the proceeds of private insurance should be maintained for all disability insurance paid for by the plaintiff.

III. *Shanks v. McNee*

Factual Background

As a result of injuries received in a motor vehicle accident on February 13, 1988, Samuel Shanks was unable to return to work for a period of approximately two years.

At the time of the accident, Mr. Shanks had been employed as a first aid attendant by Canadian Pacific Forest Products for some two years. He was a member of a bargaining unit represented by the International Woodworkers of America. By the terms of his collective agreement, Mr. Shanks was a member of both a short-term and a long-term disability plan. From 1986 to 1988, the long-term plan was funded 70 percent by the employer and 30 percent by the employee through payroll deductions. In the 1988 through 1991 collective agreement the percentages were changed to 50 percent paid by the employer and 50 percent paid by the employee. The disability plans were underwritten by an outside carrier.

There was no payroll deduction for the short-term disability plan. However the collective agreement provided that if the short-term disability plan met "the standard requirements for full premium reduction for 'wage loss replacement plan under the Unemployment Insurance Act'" the employee's 5/12th share of the Unemployment Insurance Plan premium reduction was to be retained by the employer as payment for the short-term indemnity plan. The evidence indicated that the short-term indemnity plan did meet those requirements and that the employer kept the premiums which would otherwise have been returned to the employee.

la société. La règle ancienne de la non-déductibilité du produit d'une assurance privée devrait être maintenue pour toutes les assurances-invalidité payées par les demandeurs.

III. *Shanks c. McNee*

Les faits

Par suite de blessures subies dans un accident de la circulation le 13 février 1988, Samuel Shanks a été incapable de travailler pendant environ deux ans.

Au moment de l'accident, M. Shanks travaillait depuis environ deux ans comme préposé aux premiers soins pour les Produits forestiers Canadien Pacifique. Il faisait partie d'une unité de négociation représentée par International Woodworkers of America. Suivant les dispositions de sa convention collective, M. Shanks participait à la fois à un régime d'invalidité de courte durée et à un régime de longue durée. De 1986 à 1988, le régime d'invalidité de longue durée était financé de la manière suivante: 70 pour 100 par l'employeur et 30 pour 100 par l'employé, dont les cotisations étaient retenues à la source. Dans la convention collective applicable de 1988 à 1991, les quotes-parts de l'employeur et de l'employé sont passées à 50 pour 100 chacune. Les régimes d'invalidité étaient garantis par un assureur de l'extérieur.

Aucune retenue à la source n'était faite pour le régime d'invalidité de courte durée. Toutefois, la convention collective prévoyait que, si le régime d'invalidité de courte durée satisfaisait [TRADUCTION] «aux exigences ordinaires pour qu'il y ait réduction intégrale du taux de cotisation au «régime d'assurance-salaire en vertu de la *Loi sur l'assurance-chômage*»», l'employeur devait retenir à titre de paiement pour le régime d'indemnisation de courte durée la part de l'employé correspondant aux cinq douzièmes de la réduction du taux de cotisation au régime d'assurance-chômage. La preuve a indiqué que le régime d'indemnisation de courte durée respectait ces exigences et que l'employeur a gardé les cotisations qui auraient autrement été remboursées à l'employé.

There was a subrogation clause in the long-term disability plan, and Mr. Shanks testified that it was his understanding that he was required to repay any of the sums he had received under the long-term disability plan if they were recovered from the defendants. There was no subrogation clause in the short-term disability plan, and Mr. Shanks testified that he was not required to repay any sums he received under the short-term disability plan. Mr. Shanks received $24,408 under the short-term disability plan and $9,317.56 under the long-term plan. At trial he was awarded a total of $73,459 for lost wages. No deduction was made for his disability benefits.

Trial Judgment

The trial judge found that the disability payments were in the nature of insurance paid for by the employee. As a result of this finding, he did not deduct the benefits received from the wages lost which were to be recovered from the defendants. He further held that there was to be no deduction from the lost wages for the income tax which would have been paid on the lost wages if the plaintiff had received them while he was working. He concluded that the case law was clear that such deduction should not be made.

The Court of Appeal

In the Court of Appeal, it was decided that since the employees contributed 30 percent of the cost of the premiums of the long-term disability plan, those benefits were in the nature of insurance paid for by the employee and should not be deducted. However, the court concluded that since there was no direct contribution made by the employee to the short-term disability plan, and there was no subrogation clause pertaining to these benefits, they were not in the nature of insurance and should be deducted.

On the issue of a deduction for the income tax, it was held that although such a deduction was logical, in light of the decisions of this Court, it should not be made.

Le régime d'invalidité de longue durée comportait une clause de subrogation et M. Shanks a déclaré dans son témoignage qu'il avait cru comprendre qu'il était tenu de rembourser toutes les sommes reçues en vertu de ce régime s'il les recouvrait des défenderesses. Le régime d'invalidité de courte durée ne comportait aucune clause de subrogation et M. Shanks a déclaré qu'il n'était pas tenu de rembourser les sommes reçues en vertu de ce régime. M. Shanks a reçu 24 408 $ en vertu du régime d'invalidité de courte durée et 9 317,56 $ en vertu du régime de longue durée. Au procès, une somme de 73 459 $ lui a été accordée pour le salaire perdu. Ses prestations d'invalidité n'ont pas été déduites.

Le jugement de première instance

Le juge de première instance a conclu que le régime d'invalidité équivalait à une assurance payée par l'employé. C'est pourquoi il n'a pas déduit les prestations reçues du salaire perdu qui devait être recouvré des défendeurs. Il a en outre statué qu'aucune déduction ne devrait être faite sur le salaire perdu pour l'impôt sur le revenu que le demandeur aurait payé s'il avait reçu ce salaire pendant qu'il travaillait. Il a conclu que la jurisprudence indiquait clairement qu'une telle déduction ne devrait pas être faite.

La Cour d'appel

La Cour d'appel a décidé que, étant donné que les employés payaient 30 pour 100 du coût des primes du régime d'invalidité de longue durée, ce régime équivalait à une assurance payée par l'employé et les prestations ne devaient donc pas être déduites. Toutefois, elle a conclu que, vu que l'employé ne participait pas directement au régime d'invalidité de courte durée et que ce régime ne comportait aucune clause de subrogation relativement à ces prestations, celui-ci n'équivalait pas à une assurance et les prestations devraient être déduites.

Quant à la question de la déduction de l'impôt sur le revenu, elle a conclu que, même si une telle déduction était logique, elle ne devrait pas être faite compte tenu des arrêts de notre Cour.

Analysis

The Nature of the Benefits

There can be no question that the long-term disability benefits were in the nature of an insurance paid for by the employee and should not have been deducted. Contrary to the decision of the Court of Appeal, I am of the view that the short-term benefits were also in the nature of insurance and should not have been deducted.

It is true that in the Shanks case, no evidence was called as to the collective bargaining process whereby the hourly wage rate was reduced in exchange for the provision of the collateral benefits such as these. However, Mr. Cy Pederson, the president of the union local, testified that the 1986 contract containing the short-term disability plan was arrived at after a four and one-half month strike. These benefits were confirmed in the 1988 agreement. In my view it must be inferred from this evidence that the collective bargaining agreement could only have been reached after a lengthy and difficult bargaining process. There must have been trade-offs made by the employees in return for the collateral benefits which were received. It is hard to imagine that Mr. Shanks' employer was in any different position from B.C. Rail, the employer of the plaintiff Cunningham. That is to say, the collective agreement must have been based upon a total wage package for the employees. That wage package could either reflect higher hourly wages or lower hourly wages and increased collateral benefits. It would, I think, be cruelly insensitive and unrealistic to think that this was not the case after such a long strike.

In any event, there is evidence of a direct contribution by the plaintiff to both the long-term and the short-term benefits in this case. There was a payroll deduction made for the employee's contribution to the long-term disability plan. The employee agreed to give up to the employer the return of the Unemployment Insurance premiums for the short-term disability plan. There is thus evidence of an employee contribution to both plans

Analyse

La nature des avantages conférés

Il est indubitable que le régime d'invalidité de longue durée équivalait à une assurance payée par l'employé et que les prestations n'auraient pas dû être déduites. Contrairement à la Cour d'appel, j'estime que c'était également le cas pour le régime de courte durée.

Il est vrai que, dans le cas de Shanks, aucune preuve n'a été produite quant au processus de négociation collective qui a donné lieu à une réduction du taux de salaire horaire en échange de tels avantages parallèles. Toutefois, M. Cy Pederson, président de la section locale du syndicat, a témoigné que le contrat de 1986 prévoyant le régime d'invalidité de courte durée a été conclu après une grève de quatre mois et demi. Les avantages obtenus ont été confirmés dans la convention de 1988. À mon avis, il faut conclure de la preuve que la convention collective n'a pu être signée qu'après de longues et difficiles négociations. Les employés doivent avoir fait des concessions en échange des avantages parallèles qu'ils ont reçus. Il est difficile d'imaginer que l'employeur de M. Shanks était dans une situation différente de celle de B.C. Rail, l'employeur du demandeur Cunningham. C'est-à-dire que la convention collective devait reposer sur le principe d'une rémunération globale pour tous les employés. Cette rémunération globale pouvait se traduire soit par des salaires horaires plus élevés soit par des salaires horaires moins élevés mais des avantages parallèles plus importants. Je pense qu'il serait tout à fait irresponsable et irréaliste de croire que tel n'a pas été le cas après une aussi longue grève.

Quoi qu'il en soit, la preuve indique que le demandeur en l'espèce a participé directement au régime d'invalidité de longue durée ainsi qu'à celui de courte durée. Des retenues à la source étaient faites dans le cas du régime d'invalidité de longue durée. L'employé a accepté de céder à l'employeur le remboursement des cotisations d'assurance-chômage dans le cas du régime d'invalidité de courte durée. La preuve que l'employé

which is sufficient to bring them into the insurance exception. The evidence in this case establishes that both disability plans meet the evidentiary requirements of *Ratych v. Bloomer*, *supra*. As an aside, it is interesting to note that the plaintiff testified that he had thought about purchasing private disability insurance, but felt that there was no need to do so, since he was covered under the collective agreement.

In my view, when employees choose to negotiate through their union representatives for benefits in the nature of insurance, and it is proven that they paid for those benefits in some manner, then they have demonstrated the same personal choice as to the expenditure of their funds, the same forbearance, sacrifice, prudence and thrift which is the mark of the purchase of a private policy of insurance and the basis for the *Bradburn* rule. Where the evidence demonstrates that the plaintiff paid for the wage indemnity or disability benefits, either monetarily by payroll deductions, or indirectly, through trade-offs such as lower wages, then the wage indemnity/disability benefits received should not be deductible. It follows that in this case no deductions should have been made for either the short-term or the long-term disability plan.

Subrogation

Generally, subrogation has no relevance in a consideration of the deductibility of the disability benefits if they are found to be in the nature of insurance. However, if the benefits are not "insurance" then the issue of subrogation will be determinative. If the benefits are not shown to fall within the insurance exception, then they must be deducted from the wage claim that is recovered. However, if the third party who paid the benefits has a right of subrogation then there should not be any deduction. It does not matter whether the right of subrogation is exercised or not. The exercise of the right is a matter that rests solely between the

a contribué aux deux régimes est donc suffisante pour que s'applique l'exception visant les assurances. La preuve en l'espèce indique que les deux régimes d'invalidité satisfont aux exigences en matière de preuve énoncées dans l'arrêt *Ratych c. Bloomer*, précité. Soit dit en passant, il est intéressant de signaler que le demandeur a déclaré dans son témoignage qu'il avait pensé souscrire une assurance-invalidité privée, mais qu'il a jugé qu'il n'avait pas besoin de le faire étant donné qu'il était protégé par la convention collective.

À mon avis, quand des employés choisissent de négocier par l'intermédiaire de leurs représentants syndicaux des avantages équivalant à une assurance et qu'il est prouvé qu'ils ont d'une certaine manière payé ces avantages, ils ont indiqué le même choix personnel quant à l'utilisation de leur argent et ils ont fait montre de la même prévoyance, de la même prudence et de la même économie et ont fait les mêmes sacrifices, que ce qui caractérise l'achat d'une police d'assurance privée et qui constitue le fondement de la règle de l'arrêt *Bradburn*. Lorsque la preuve démontre que le demandeur a payé l'indemnité de salaire ou les prestations d'invalidité, que ce soit en argent, par des retenues à la source, ou indirectement, par des concessions tels des salaires moins élevés, l'indemnité de salaire ou les prestations d'invalidité reçues ne devraient pas être déductibles. Il en résulte que, en l'espèce, aucune déduction n'aurait dû être faite que ce soit pour le régime d'invalidité de courte durée ou celui de longue durée.

La subrogation

En règle générale, la question de la subrogation n'est pas pertinente lors de l'examen de la déductibilité de prestations d'invalidité s'il est jugé que le régime dont elles découlent équivaut à une assurance. Toutefois, si le régime n'est pas une «assurance», cette question sera alors déterminante. S'il n'est pas démontré que les prestations sont visées par l'exception applicable aux assurances, elles devront être déduites de l'indemnité accordée pour le salaire perdu. Toutefois, si le tiers qui verse les prestations a un droit de subrogation, aucune déduction ne devrait alors être faite. Il importe peu que le droit de subrogation soit exercé ou non.

plaintiff and the third party. The failure to exercise the right cannot in any way affect the defendant's liability for damages. However, different considerations might well apply in a situation where the third party has formally released its subrogation right.

L'exercice de ce droit est une question qui concerne uniquement le demandeur et la tierce partie. L'omission d'exercer ce droit ne peut en aucune manière avoir une influence sur la responsabilité civile du défendeur. Cependant, il se pourrait fort bien que des considérations différentes s'appliquent dans un cas où la tierce partie a officiellement renoncé à son droit de subrogation.

Should There Be a Deduction for Income Tax

Devrait-il y avoir une déduction pour l'impôt sur le revenu?

The defendants McNee argue that as a result of damage awards for lost income not being taxable the plaintiff Shanks is overcompensated. They contend that had the plaintiff not been injured, he would have paid tax on the income he would have earned. As a result of the injury, the plaintiff receives damages to replace the income, but the damages, unlike the income, are not taxable: *Cirella v. The Queen*, [1978] 2 F.C. 195 (T.D.); V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (4th ed. 1993), at pp. 315-16. The defendants therefore argue that a deduction should be made in assessing damages for lost income to reflect tax which would have been payable on the income, had the plaintiff not been injured.

Les défendeurs McNee soutiennent qu'étant donné que le montant des dommages-intérêts accordés pour la perte de revenu n'est pas imposable, le demandeur Shanks reçoit plus qu'il ne devrait. Ils font valoir que si le demandeur n'avait pas été blessé, il aurait payé de l'impôt sur le revenu qu'il aurait gagné. Par suite de ses blessures, le demandeur reçoit des dommages-intérêts pour remplacer son revenu, mais ces dommages-intérêts, contrairement au revenu, ne sont pas imposables: *Cirella c. La Reine*, [1978] 2 C.F. 195 (1re inst.); V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (4e éd. 1993), aux pp. 315 et 316. Les défendeurs soutiennent donc qu'une déduction devrait être faite dans le calcul des dommages-intérêts accordés pour la perte de revenu afin de tenir compte de l'impôt sur le revenu qui aurait été payable si le demandeur n'avait pas été blessé.

In Canada, the cases have consistently held that damage awards should be calculated without taking into account taxes that would have been paid if the sum awarded had been received by the plaintiff in the form of income: *The Queen v. Jennings*, [1966] S.C.R. 532; *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Guy v. Trizec Equities Ltd.*, *supra*; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750. In contrast, tax is taken into account in England and Australia: *British Transport Commission v. Gourley*, [1956] A.C. 185; *National Insurance Co. of New Zealand v. Espagne* (1961), 105 C.L.R. 569 (Austl. H.C.); *O'Brien v. McKean* (1968), 118 C.L.R. 540 (Austl. H.C.). The position in the United States varies from state to state.

Au Canada, les tribunaux ont statué sans exception que le montant des dommages-intérêts devait être calculé indépendamment de l'impôt qui aurait été payé si le demandeur avait reçu cette somme sous forme de revenu: *The Queen c. Jennings*, [1966] R.C.S. 532; *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Guy c. Trizec Equities Ltd.*, précité; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750. Par contre, on tient compte de l'impôt en Angleterre et en Australie: *British Transport Commission c. Gourley*, [1956] A.C. 185; *National Insurance Co. of New Zealand c. Espagne* (1961), 105 C.L.R. 569 (H.C. Austr.); *O'Brien c. McKean* (1968), 118 C.L.R. 540 (H.C. Austr.). Aux États-Unis, la situation varie d'un État à l'autre.

In *The Queen v. Jennings*, *supra*, Judson J., writing for the Court on this issue, held that

Dans l'arrêt *The Queen c. Jennings*, précité, le juge Judson, s'exprimant au nom de la Cour sur

income tax should not be taken into account in assessing damages for lost income. In doing so he expressly rejected the principle stated by the House of Lords in *British Transport Commission v. Gourley*. In the course of his reasons, Judson J. observed at pp. 545-46:

To assess another uncertainty — the incidence of income tax over the balance of the working life of a plaintiff — and then deduct the figure reached from an award is, in my opinion, an undue preference for the case of the defendant or his insurance company. The plaintiff has been deprived of his capacity to earn income. It is the value of that capital asset which has to be assessed. In making that determination it is proper and necessary to estimate the future income earning capacity of the plaintiff, that is, his ability to produce dollar income, if he had not been injured. This estimate must be made in relation to his net income, account being taken of expenditures necessary to earn the income. But income tax is not an element of cost in earning income. It is a disposition of a portion of the earned income required by law. Consequently, the fact that the plaintiff would have been subject to tax on future income, had he been able to earn it, and that he is not required to pay tax upon the award of damages for his loss of capacity to earn income does not mean that he is over-compensated if the award is not reduced by an amount equivalent to the tax. It merely reflects the fact that the state has not elected to demand payment of tax upon that kind of a receipt of money. It is not open to the defendant to complain about this consequence of tax policy and the courts should not transfer this benefit to the defendant or his insurance company.

The principle established by this Court in *Jennings* is still recognized and applied by litigants and government. The recovering of tax damages for lost wages is a matter between the state and the individual, and does not affect the damages due to the plaintiff from the defendant. In this respect, I agree with the conclusion reached by the Ontario Law Reform Commission in the *Report on Com-*

cette question, a dit qu'il ne fallait pas tenir compte de l'impôt sur le revenu dans le calcul des dommages-intérêts accordés pour la perte de revenu. Il a ainsi expressément rejeté le principe formulé par la Chambre des lords dans l'arrêt *British Transport Commission c. Gourley*. Le juge Judson a fait les commentaires suivants aux pp. 545 et 546 de ses motifs:

[TRADUCTION] Évaluer un autre élément incertain — l'incidence de l'impôt sur le revenu pendant le reste de la vie active d'un demandeur — et déduire ensuite le montant ainsi obtenu de l'indemnité accordée équivaut, à mon avis, à donner indûment la préférence à la preuve du défendeur ou de sa compagnie d'assurances. Le demandeur a été dépouillé de sa capacité de gagner un revenu. C'est la valeur de cet actif qu'il faut déterminer. À cette fin, il est juste et nécessaire d'apprécier la capacité future du demandeur de gagner un revenu, c'est-à-dire sa capacité de produire un revenu monétaire, s'il n'avait pas été blessé. Cette appréciation doit se faire en fonction de son revenu net, les dépenses nécessaires pour gagner le revenu étant prises en compte. Toutefois, l'impôt sur le revenu ne fait pas partie des coûts engagés pour gagner un revenu. Il est la remise, en vertu de la loi, d'une fraction du revenu gagné. En conséquence, même si le demandeur aurait été assujetti au paiement de l'impôt sur son revenu futur, eût-il été capable de le gagner, et même s'il n'est pas tenu de payer l'impôt sur la somme qui lui a été accordée à titre d'indemnité pour la perte de sa capacité de gagner un revenu, cela ne signifie pas qu'il a reçu plus qu'il ne le devait si une somme équivalant à l'impôt n'est pas déduite du montant qui lui a été attribué. Cela indique tout simplement que l'État n'a pas choisi d'exiger le paiement de l'impôt sur cette sorte de rentrée d'argent. Le défendeur ne peut pas se plaindre de cette conséquence de la politique fiscale et les tribunaux ne devraient pas faire profiter le défendeur ou sa compagnie d'assurances de cet avantage.

Le principe établi par notre Cour dans l'arrêt *Jennings* est encore reconnu et appliqué par les parties et le gouvernement. Le recouvrement de l'impôt sur les dommages-intérêts accordés pour la perte de salaire est une question qui concerne l'État et le particulier, et elle n'a aucune incidence sur les dommages-intérêts dus au demandeur par le défendeur. À cet égard, je souscris à la conclusion

pensation for Personal Injuries and Death (1987), at p. 54:

> The Commission has concluded that the existing rule should continue to govern the determination of damages for loss of working capacity in cases of non-fatal injury, and we so recommend. It is our view that the incidence of taxation is a concern extraneous to the assessment of damages as between plaintiff and defendant; it is a matter solely between the plaintiff and Revenue Canada. Should the impact of the *Income Tax Act* be regarded as overgenerous to plaintiffs, the legislation may be amended by Parliament.

The taxation of damages for lost income is a question which should be left to the legislatures which can, if they wish, readily pass amendments to make damages for lost income taxable.

This is really a question of tax policy and not of tort law.

For these reasons, the plaintiff Shanks' damages for lost income should not be reduced by the amount of tax which would have been payable had they been earned as income.

Disposition

In the result, the appeal in *Cunningham v. Wheeler* is allowed. The disposition of the appeal and cross-appeal in *Shanks v. McNee* is as follows: the appeal by the appellant Shanks with respect to the deductibility of the short-term benefits is allowed; the cross-appeal by the McNees with respect to the deductibility of the long-term benefits and the taking into account of income tax is dismissed. The appeal in *Miller v. Cooper* is dismissed.

The plaintiffs in all three cases should have their costs throughout.

de la Commission de réforme du droit de l'Ontario qui dit dans le *Report on Compensation for Personal Injuries and Death* (1987), à la p. 54:

> [TRADUCTION] La Commission conclut que la règle actuelle devrait continuer à régir la détermination des dommages-intérêts accordés pour la perte de la capacité de travail dans le cas de blessures non mortelles, et telle est notre recommandation. Nous sommes d'avis que l'incidence fiscale n'a rien à voir avec la détermination des dommages-intérêts entre demandeur et défendeur; cette question ne concerne que le demandeur et Revenu Canada. Si l'on devait considérer que la *Loi de l'impôt sur le revenu* est trop généreuse à l'endroit des demandeurs, le Parlement pourrait la modifier.

L'imposition des dommages-intérêts accordés pour la perte de revenu est une question qui devrait être laissée à la discrétion des législateurs qui, s'ils le désirent, peuvent adopter rapidement des modifications pour rendre imposables ces dommages-intérêts.

Il s'agit vraiment d'une question de politique fiscale et non d'une question relevant du droit de la responsabilité délictuelle.

Pour ces motifs, aucune somme correspondant à l'impôt que M. Shanks aurait dû payer sur son revenu s'il l'avait gagné ne devrait être déduite des dommages-intérêts qui lui ont été accordés pour sa perte de revenu.

Dispositif

En conséquence, le pourvoi *Cunningham c. Wheeler* est accueilli. L'arrêt dans le pourvoi et le pourvoi incident *Shanks c. McNee* est le suivant: le pourvoi formé par l'appelant Shanks relativement à la déductibilité des prestations de courte durée est accueilli; le pourvoi incident formé par les McNee relativement à la déductibilité des prestations de longue durée et à la prise en compte de l'impôt sur le revenu est rejeté. Le pourvoi *Miller c. Cooper* est rejeté.

Dans les trois cas, les demandeurs ont droit à leurs dépens dans toutes les cours.

Appeal in Cunningham v. Wheeler allowed with costs, appeal in Cooper v. Miller dismissed with costs, appeal by plaintiff in Shanks v. McNee with respect to deductibility of short-term benefits allowed with costs. LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ *and* MCLACHLIN JJ. *are dissenting. Cross-appeal by defendants in Shanks v. McNee with respect to deductibility of long-term benefits and taking into account of income tax dismissed with costs.*

Pourvoi Cunningham c. Wheeler accueilli avec dépens, pourvoi Cooper c. Miller rejeté avec dépens, pourvoi formé par le demandeur dans Shanks c. McNee relativement à la déductibilité des prestations de courte durée accueilli avec dépens. Les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ *et* MCLACHLIN *sont dissidents. Pourvoi incident formé par les défendeurs dans Shanks c. McNee relativement à la déductibilité des prestations de longue durée et à la prise en compte de l'impôt sur le revenu rejeté avec dépens.*

Solicitors for the appellant John Earl Miller, the appellants/respondents Thomas Harry McNee and Beverly Ann McNee and the respondents Cherylee Lyn Wheeler and Edward Kenneth Wheeler: Harper Grey Easton, Vancouver.

Procureurs de l'appelant John Earl Miller, des appelants/intimés Thomas Harry McNee et Beverly Ann McNee et des intimés Cherylee Lyn Wheeler et Edward Kenneth Wheeler: Harper Grey Easton, Vancouver.

Solicitors for the respondent Mariea Cooper: Ramsay, Thompson, Lampman, Nanaimo, B.C.

Procureurs de l'intimée Mariea Cooper: Ramsay, Thompson, Lampman, Nanaimo (C.-B.).

Solicitor for the appellant/respondent Samuel H. Shanks: John F. Carten, Comox, B.C.

Procureur de l'appelant/intimé Samuel H. Shanks: John F. Carten, Comox (C.-B.).

Solicitors for the appellant Bradwell Henry Cunningham: Sugden, McFee & Roos, Vancouver.

Procureurs de l'appelant Bradwell Henry Cunningham: Sugden, McFee & Roos, Vancouver.

Solicitors for the interveners: Ladner Downs, Vancouver.

Procureurs des intervenantes: Ladner Downs, Vancouver.

Montague Brown *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in right of the province of British Columbia as represented by the Minister of Transportation and Highways *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: BROWN *v.* BRITISH COLUMBIA (MINISTER OF TRANSPORTATION AND HIGHWAYS)

File No.: 22946.

1993: November 8; 1994: March 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Torts — Negligence — Duty of care — Governmental liability — Maintenance of highways — Driver injured after losing control of vehicle on icy highway — Highways Department crew still on summer maintenance schedule at time of accident — Whether Department's decision to maintain summer schedule one of policy — Whether Department negligent in manner in which sanding was carried out under summer schedule.

The appellant left Gold River to drive to Campbell River shortly after 8:30 a.m. on a Friday in November 1985 and, about 30 minutes later, skidded on an icy patch of highway and went over the embarkment. Three other accidents had occurred on the same stretch of highway that morning. Because of the icy highway conditions, an RCMP officer had called his detachment at 7:25 a.m. requesting a sand truck, but it was not until 8:30 a.m., after a third call, that he was informed that the Highways Department had been contacted through the control tower and that a sanding truck should be on its way. The department offices in Gold River and Campbell River were still on the summer schedule at the time of the accident. The Gold River summer schedule was operated by four men working for one long day

Montague Brown *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique, représentée par le ministre des Transports et de la Voirie *Intimée*

et

Le procureur général du Canada *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: BROWN *c.* COLOMBIE-BRITANNIQUE (MINISTRE DES TRANSPORTS ET DE LA VOIRIE)

N° du greffe: 22946.

1993: 8 novembre; 1994: 17 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Responsabilité gouvernementale — Entretien des routes — Conducteur blessé après avoir perdu la maîtrise de son véhicule sur la chaussée glacée — Personnel du ministère de la Voirie fonctionnant encore selon l'horaire d'été à l'époque de l'accident — La décision du Ministère de maintenir l'horaire d'été en était-elle une de politique générale? — Le Ministère a-t-il fait preuve de négligence dans l'organisation de l'épandage du sable suivant l'horaire d'été?

L'appelant est parti de Gold River pour se rendre à Campbell River peu après 8 h 30 un vendredi de novembre 1985 et, environ 30 minutes plus tard, il a dérapé sur une plaque de glace et a franchi le remblai. Trois autres accidents s'étaient produits sur le même tronçon ce matin-là. Comme la chaussée était glacée, un agent de la GRC avait téléphoné à son bureau à 7 h 25 pour demander d'envoyer une épandeuse de sable, mais ce n'est qu'à 8 h 30, après un troisième appel, qu'on lui a répondu qu'on avait contacté la tour de contrôle du ministère de la Voirie et qu'une épandeuse de sable devait être en route. À l'époque de l'accident, les bureaux du Ministère à Gold River et à Campbell River fonctionnaient encore selon l'horaire d'été. L'été, à Gold River, quatre hommes effectuaient un long quart

shift Monday through Thursday and a call-out system for emergencies for the rest of the week. The tower could not reach the employee on call in Gold River because it did not have his telephone number and contacted the Campbell River office, which immediately sent out a sand truck. The on-call Gold River employee fortuitously came to the office at 9:00 a.m., was instructed to load his truck and drove out at 9:15 a.m. The appellant contended that the province was negligent in failing (1) to respond in a timely fashion to the reports of icy conditions and to remedy them; and (2) to maintain the section of the road where the accident occurred so that ice would not form on it. The trial judge dismissed the action and the Court of Appeal affirmed the judgment.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The province owes a duty of care to those using its highways. That duty of care ordinarily extends to reasonable maintenance and would include the duty to take reasonable steps to prevent injury to users of the roads by icy conditions. The imposition of this duty of care is not excluded by statute. There is no exemption from tort liability in the *Highway Act*, and the *Occupiers Liability Act*, in particular s. 8, was not passed to exempt the Highways Department from liability for its negligent acts. Nor is the Department immune, under s. 3(2)(f) of the *Crown Proceeding Act*, from liability for negligently failing to maintain its highways. The Department, however, is exempt from the imposition of the duty of care with respect to highway maintenance because its decision to maintain a summer schedule, with all that it entailed in terms of reduced service, was one of policy. That decision involved classic policy considerations of financial resources, personnel and significant negotiations with government unions. It was truly a governmental decision. Such a policy decision cannot be reviewed on a private law standard of reasonableness. Since no allegation was made that the decision was not *bona fide* or was so irrational that it could not constitute a proper exercise of discretion, it cannot be attacked. Finally, the appellant did not establish, on a balance of probabilities, that the province was negligent in the manner in which it carried out the operational aspect of the call-out system and of the road maintenance under the summer schedule. In particular, he did not establish that the Department's negligence was responsible for the unexplained delay in responding to the request for sanding. The undoubted negligence of the Department

de travail de jour du lundi au jeudi et, le reste de la semaine, un système de travail sur appel était en place pour les cas d'urgence. La tour n'a pas pu joindre l'employé qui était de service à Gold River parce qu'elle n'avait pas son numéro de téléphone et elle a contacté le bureau du Ministère à Campbell River, qui a immédiatement envoyé un camion de sable. L'employé de Gold River qui était de service s'est rendu par pur hasard à son bureau à 9 h. Il a alors reçu l'ordre de procéder au chargement de son camion et a quitté le dépôt à 9 h 15. L'appelant a soutenu que la province a été négligente (1) en ne réagissant pas promptement aux rapports faisant état de la présence de glace sur la chaussée et en tardant à prendre des mesures pour remédier à la situation, et (2) en omettant d'entretenir le tronçon de la route où s'est produit l'accident de sorte que la glace ne s'y forme pas. Le juge de première instance a rejeté l'action et la Cour d'appel a confirmé ce jugement.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: La province a une obligation de diligence envers les usagers de ses routes. Cette obligation de diligence englobe habituellement l'entretien raisonnable des routes et comprend l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour prévenir les préjudices aux usagers de la route causés par la présence de glace sur la chaussée. Il n'y a pas exclusion de l'imposition de cette obligation du fait de la loi. Il n'y a aucune exemption de responsabilité civile délictuelle dans la *Highway Act*, et l'*Occupiers Liability Act*, notamment son art. 8, n'a pas pour objet d'exempter le ministère de la Voirie de toute responsabilité pour cause de négligence. Le Ministère n'est pas non plus exempté, en vertu de l'al. 3(2)f) de la *Crown Proceeding Act*, de toute responsabilité en cas de négligence dans l'entretien des routes relevant de sa compétence. Toutefois, le Ministère est exempté de l'imposition de l'obligation de diligence en ce qui concerne l'entretien des routes parce que sa décision de maintenir l'horaire d'été, avec tout ce que cela comportait en fait de réduction de services, en était une de politique générale. Cette décision nécessitait la prise en considération classique des ressources financières et humaines ainsi que d'importantes négociations avec les syndicats gouvernementaux. Il s'agissait véritablement d'une décision gouvernementale. Une décision de cette nature ne peut être examinée en regard de la norme du caractère raisonnable du droit privé. Étant donné qu'on n'a pas allégué que la décision n'a pas été prise de bonne foi ou qu'elle était à ce point irrationnelle qu'elle ne saurait constituer l'exercice légitime d'un pouvoir discrétionnaire, elle ne peut être attaquée. Enfin, l'appelant n'a pas établi, suivant la prépondérance des probabilités, que la province

in failing to have the home telephone numbers of the call-out employees did not affect the result of the case. Even if the home telephone number had been available, the call-out employee in Gold River could not have been on the road in time to prevent the accident.

Per La Forest and McLachlin JJ.: Subject to the comments expressed in *Swinamer*, Cory J.'s reasons were agreed with.

Per Sopinka J.: The province has the power to maintain its highways but is under no duty to do so. The manner and extent to which the power is exercised is a matter of statutory discretion. The conduct complained of in this case, with the exception of the matters referred to by Cory J. as operational, were within the exercise of the province's statutory discretion. Provided that a public authority exercises its discretion in accordance with the power conferred on it, its actions are not reviewable by the courts under the aegis of a private law duty of care. With respect to the matters referred to as operational, for the reasons given by Cory J., no liability for negligence arises. It would be preferable, however, not to use the "policy/operational" test as the touchstone of liability.

Cases Cited

By Cory J.

Applied: *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; **referred to:** *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Portland (Town of) v. Griffiths* (1885), 11 S.C.R. 333; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Barratt v. District of North Vancouver*, [1980] 2 S.C.R. 418.

By McLachlin J.

Referred to: *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445.

By Sopinka J.

Referred to: *Barratt v. District of North Vancouver*, [1980] 2 S.C.R. 418; *Anns v. Merton London Borough*

a été négligente dans la mise en œuvre de l'aspect opérationnel du système de travail sur appel et de l'entretien des routes selon l'horaire d'été. En particulier, il n'a pas établi que le retard inexpliqué à répondre à la demande d'épandage est imputable à la négligence du Ministère. La négligence dont le Ministère a indubitablement fait preuve en ne conservant pas les numéros de téléphone à domicile des employés sur appel n'a pas eu d'incidence en l'espèce. Même si on avait eu le numéro à domicile de l'employé qui était sur appel à Gold River, celui-ci n'aurait pu être sur la route à temps pour prévenir l'accident.

Les juges La Forest et McLachlin: Sous réserve des commentaires faits dans l'arrêt *Swinamer*, les motifs du juge Cory sont acceptés.

Le juge Sopinka: La province a le pouvoir d'entretenir ses routes, mais elle n'est pas tenue de le faire. La manière dont elle exerce ce pouvoir et la mesure dans laquelle elle le fait relèvent du pouvoir discrétionnaire que lui confère la loi. À l'exception des éléments qualifiés par le juge Cory d'opérationnels, le comportement faisant l'objet d'une plainte dans la présente affaire relevait de l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par la loi à la province. Si une autorité publique exerce sa discrétion conformément au pouvoir qui lui est conféré, ses actes ne sont pas susceptibles d'être contrôlés par les tribunaux au regard de l'obligation de diligence en droit privé. Pour les motifs que donne le juge Cory, les éléments appelés opérationnels ne donnent naissance à aucune responsabilité pour négligence. Il serait toutefois préférable de ne pas recourir au critère «politique générale-opérations» comme facteur déterminant de la responsabilité.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêt appliqué: *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; **arrêts mentionnés:** *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Portland (Town of) c. Griffiths* (1885), 11 R.C.S. 333; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Barratt c. District of North Vancouver*, [1980] 2 R.C.S. 418.

Citée par le juge McLachlin

Arrêt mentionné: *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445.

Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *Barratt c. District of North Vancouver*, [1980] 2 R.C.S. 418; *Anns c. Merton London*

Council, [1978] A.C. 728; *United States v. Gaubert*, 111 S.Ct. 1267 (1991); *Rowling v. Takaro Properties Ltd.*, [1988] A.C. 473; *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 157 C.L.R. 424.

Statutes and Regulations Cited

Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, c. 86, s. 3(2)(f).
Highway Act, R.S.B.C. 1979, c. 167.
Occupiers Liability Act, R.S.B.C. 1979, c. 303, s. 8.

Authors Cited

Bailey, S. H., and M. J. Bowman, "The Policy/Operational Dichotomy — A Cuckoo in the Nest", [1986] *Cambridge L.J.* 430.
Cohen, David, and J. C. Smith. "Entitlement and the Body Politic: Rethinking Negligence in Public Law" (1986), 64 *Can. Bar Rev.* 1.
Klar, Lewis N. "The Supreme Court of Canada: Extending the Tort Liability of Public Authorities" (1990), 28 *Alta. L. Rev.* 648.
Perell, Paul M. "Negligence Claims Against Public Authorities" (1994), 16 *Advocates' Q.* 48.
Smillie, J. A. "Liability of Public Authorities for Negligence" (1985), 23 *U.W.O. L. Rev.* 213.
Woodall, M. Kevin. "Private Law Liability of Public Authorities for Negligent Inspection and Regulation" (1992), 37 *McGill L.J.* 83.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 232, 10 C.C.L.T. (2d) 188, 37 M.V.R. (2d) 70, 10 B.C.A.C. 303, 21 W.A.C. 303, [1992] 3 W.W.R. 629, dismissing appellant's appeal from a judgment of Drake L.J.S.C. (1989), 17 M.V.R. (2d) 69, dismissing an action for damages for negligence. Appeal dismissed.

John N. Laxton, *Q.C.*, and *Robert D. Gibbens*, for the appellant.

William A. Pearce, *Q.C.*, and *Thomas H. MacLachlan*, for the respondent.

Ivan G. Whitehall, *Q.C.*, and *Donald J. Rennie*, for the intervener.

Borough Council, [1978] A.C. 728; *United States c. Gaubert*, 111 S.Ct. 1267 (1991); *Rowling c. Takaro Properties Ltd.*, [1988] A.C. 473; *Sutherland Shire Council c. Heyman* (1985), 157 C.L.R. 424.

Lois et règlements cités

Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, ch. 86, art. 3(2)f).
Highway Act, R.S.B.C. 1979, ch. 167.
Occupiers Liability Act, R.S.B.C. 1979, ch. 303, art. 8.

Doctrine citée

Bailey, S. H., and M. J. Bowman, «The Policy/Operational Dichotomy — A Cuckoo in the Nest», [1986] *Cambridge L.J.* 430.
Cohen, David, and J. C. Smith. «Entitlement and the Body Politic: Rethinking Negligence in Public Law» (1986), 64 *R. du B. can.* 1.
Klar, Lewis N. «The Supreme Court of Canada: Extending the Tort Liability of Public Authorities» (1990), 28 *Alta. L. Rev.* 648.
Perell, Paul M. «Negligence Claims Against Public Authorities» (1994), 16 *Advocates' Q.* 48.
Smillie, J. A. «Liability of Public Authorities for Negligence» (1985), 23 *U.W.O. L. Rev.* 213.
Woodall, M. Kevin. «Private Law Liability of Public Authorities for Negligent Inspection and Regulation» (1992), 37 *R.D. McGill* 83.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 232, 10 C.C.L.T. (2d) 188, 37 M.V.R. (2d) 70, 10 B.C.A.C. 303, 21 W.A.C. 303, [1992] 3 W.W.R. 629, qui a rejeté l'appel interjeté par l'appelant contre un jugement du juge local Drake de la Cour suprême (1989), 17 M.V.R. (2d) 69, qui avait rejeté une action en dommages-intérêts fondée sur la négligence. Pourvoi rejeté.

John N. Laxton, *c.r.*, et *Robert D. Gibbens*, pour l'appelant.

William A. Pearce, *c.r.*, et *Thomas H. MacLachlan*, pour l'intimée.

Ivan G. Whitehall, *c.r.*, et *Donald J. Rennie*, pour l'intervenant.

The reasons of La Forest and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. — Subject to my comments in the companion case *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445, on the source of a private law duty of care on public authorities, I agree with Cory J.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. — I have read the reasons of my colleague Cory J. and agree with the conclusion that he reaches. I would, however, adopt a somewhat different approach in arriving at this conclusion. The respondent does not have a statutory duty to maintain its highways. It has the power to do so, and the manner and extent to which the power is exercised is a matter of statutory discretion. See *Barratt v. District of North Vancouver*, [1980] 2 S.C.R. 418. Indeed, if a statutory duty to maintain existed as it does in some provinces, it would be unnecessary to find a private law duty on the basis of the neighbourhood principle in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728. Moreover, it is only necessary to consider the policy/operational dichotomy in connection with the search for a private law duty of care.

The conduct complained of in this case, with the exception of the matters referred to by Cory J. as operational, were within the exercise of the respondent's statutory discretion. Provided that a public authority exercises its discretion in accordance with the power conferred on it, its actions are not reviewable by the courts under the aegis of a private law duty of care. I agree with Cory J. that with respect to the matters discussed by him under the heading *The Operational Aspect* that no liability for negligence arises for the reasons that he gives. I would prefer not to use the "policy/operational" test as the touchstone of liability. This principle, which was formally adopted in *Anns*, was imported from the United States. It has since been rejected by the Supreme Court of the United States and by the House of Lords as an exclusive test of

Version française des motifs des juges La Forest et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — Sous réserve des commentaires que j'ai faits dans l'arrêt connexe *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445, sur la source d'une obligation de diligence en droit privé s'appliquant aux autorités publiques, je suis d'accord avec le juge Cory.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA — Je souscris à la conclusion de mon collègue le juge Cory, dont j'ai lu les motifs. J'y arrive toutefois par un cheminement quelque peu différent. L'intimée n'est pas tenue par une obligation imposée par la loi d'entretenir ses routes. Elle en a le pouvoir, mais la manière dont elle l'exerce et la mesure dans laquelle elle le fait relèvent du pouvoir discrétionnaire que lui confère la loi. Voir *Barratt c. District of North Vancouver*, [1980] 2 R.C.S. 418. De fait, s'il existait une obligation d'entretien imposée par la loi comme c'est le cas dans certaines provinces, il serait inutile de rechercher une obligation en droit privé en se fondant sur le principe du prochain établi dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728. En outre, il est nécessaire d'examiner la dichotomie politique générale-opérations seulement en ce qui concerne la recherche d'une obligation de diligence en droit privé.

À l'exception des éléments qualifiés par le juge Cory d'opérationnels, le comportement faisant l'objet d'une plainte dans la présente affaire relevait de l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par la loi à l'intimée. Si une autorité publique exerce sa discrétion conformément au pouvoir qui lui est conféré, ses actes ne sont pas susceptibles d'être contrôlés par les tribunaux au regard de l'obligation de diligence en droit privé. Je conviens avec le juge Cory que les éléments qu'il a analysés sous la rubrique *L'aspect opérationnel* ne donnent naissance, pour les motifs qu'il donne, à aucune responsabilité pour négligence. Je préférerais ne pas recourir au critère «politique générale-opérations» comme le facteur déterminant de la responsabilité. Formellement adopté dans l'arrêt *Anns*, ce principe, importé des États-Unis, a depuis été

liability. (See *United States v. Gaubert*, 111 S.Ct. 1267 (1991), and *Rowling v. Takaro Properties Ltd.*, [1988] A.C. 473.) There is some doubt as to its status in Australia. (See *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 157 C.L.R. 424 (H.C.).) It has been criticized as ineffective and unreliable by academic writers Cohen and Smith, Woodall, Smillie, Bailey and Bowman, and Klar. (See D. Cohen and J. C. Smith, "Entitlement and the Body Politic: Rethinking Negligence in Public Law" (1986), 64 *Can. Bar Rev.* 1; M. K. Woodall, "Private Law Liability of Public Authorities for Negligent Inspection and Regulation" (1992), 37 *McGill L.J.* 83; J. A. Smillie, "Liability of Public Authorities for Negligence" (1985), 23 *U.W.O. L. Rev.* 213; S. H. Bailey and M. J. Bowman, "The Policy/Operational Dichotomy — A Cuckoo in the Nest", [1986] *Cambridge L.J.* 430; and L. N. Klar, "The Supreme Court of Canada: Extending the Tort Liability of Public Authorities" (1990), 28 *Alta. L. Rev.* 648, at p. 655.) In "Negligence Claims Against Public Authorities" (1994), 16 *Advocates' Q.* 48, at p. 57, P. M. Perell states:

> Whatever the criteria used, the cases show that characterizing the public authority's activity as a policy decision or operational activity is problematic and often unpredictable. In the *Just* case, of the 11 judges that gave judgments, six concluded that the province's actions were operational and five that the actions were a policy decision.

In view of the above, the Court may wish to reconsider at some future time the continued usefulness of this test as an exclusive touchstone of liability.

I would dispose of the appeal as proposed by Cory J.

The judgment of Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

CORY J. — This appeal raises again the question of the circumstances which may render a govern-

rejeté par la Cour suprême des États-Unis et par la Chambre des lords à titre de critère exclusif en matière de responsabilité. (Voir *United States c. Gaubert*, 111 S.Ct. 1267 (1991), et *Rowling c. Takaro Properties Ltd.*, [1988] A.C. 473.) Il y a des doutes quant à ce qui en est de ce principe en Australie. (Voir *Sutherland Shire Council c. Heyman* (1985), 157 C.L.R. 424 (H.C.).) En outre, les auteurs Cohen et Smith, Woodall, Smillie, Bailey et Bowman, et Klar lui ont reproché d'être inefficace et peu fiable. (Voir D. Cohen et J. C. Smith, «Entitlement and the Body Politic: Rethinking Negligence in Public Law» (1986), 64 *R. du B. can.* 1; M. K. Woodall, «Private Law Liability of Public Authorities for Negligent Inspection and Regulation» (1992), 37 *R.D. McGill* 83; J. A. Smillie, «Liability of Public Authorities for Negligence» (1985), 23 *U.W.O. L. Rev.* 213; S. H. Bailey et M. J. Bowman, «The Policy/Operational Dichotomy — A Cuckoo in the Nest», [1986] *Cambridge L.J.* 430; et L. N. Klar, «The Supreme Court of Canada: Extending the Tort Liability of Public Authorities» (1990), 28 *Alta. L. Rev.* 648, à la p. 655.) Dans son article intitulé «Negligence Claims Against Public Authorities» (1994), 16 *Advocates' Q.* 48, à la p. 57, P. M. Perell écrit:

> [TRADUCTION] Peu importe les critères adoptés, les décisions montrent que qualifier l'acte accompli par l'autorité publique de décision de politique générale ou d'activité opérationnelle est une tâche problématique et fréquemment imprévisible. Des onze juges qui se sont prononcés dans l'affaire *Just*, six ont conclu que les actes de la province étaient de nature opérationnelle, alors que les cinq autres ont jugé que les actes en question relevaient d'une décision de politique générale.

Compte tenu de ce qui précède, la Cour voudra peut-être examiner à une date ultérieure si ce critère demeure utile comme facteur déterminant exclusif de la responsabilité.

Je suis d'avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par le juge Cory.

Version française du jugement des juges Gonthier, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE CORY — Le présent pourvoi soulève à nouveau la question des circonstances susceptibles

ment or governmental agency liable for negligence. The questions presented in this appeal can, I believe, be answered by the application of the principles set out in *Just v. British Columbia,* [1989] 2 S.C.R. 1228.

I. Factual Background

On Friday, November 8, 1985, not long after 8:30 a.m., Montague Brown, who was the plaintiff in this case, left Gold River to drive to Campbell River in his new pickup truck. He described the road conditions at the time of his departure as good, with the road damp in places. Sometime later, when he rounded a slight curve he started having difficulty controlling his truck. He realized that he had hit black ice and should not apply his brakes. He stated that after several hundred feet of struggling he managed to pull his vehicle to the left and that shortly thereafter the truck "went like a Zamboni" and then left the road.

There had been three other accidents on the same highway that morning. All of them within a space of some seven kilometres.

The road was worn with cracks in some places and generally in need of maintenance. However, there was no evidence that the cracking and wear and tear of the road had anything to do with the formation of the black ice that caused the accidents.

Corporal Eglinski of the RCMP was on duty in the area. Shortly before 7:00 a.m. that morning, he received a telephone call at his home concerning an accident which had occurred near the summit of the highway between Gold River and Campbell River. Ice had caused a vehicle to slide off the road into the Campbell River. At 7:25 a.m. he followed the established procedure and put in a call to RCMP offices in Courtenay to request a sanding truck because of the icy conditions on the highway. Sometime before 8:00 a.m. he was at the scene of the accident. Between 8:10 a.m. and

de rendre un gouvernement ou un organisme gouvernemental responsable de négligence. Il y a lieu, je crois, d'appliquer en l'espèce les principes énoncés dans l'arrêt *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228.

I. Les faits

Le vendredi 8 novembre 1985, un peu après 8 h 30, Montague Brown, qui était le demandeur en l'espèce, est parti de Gold River pour se rendre à Campbell River à bord de sa camionnette neuve. Selon la description qu'il en a faite, les conditions de la route au moment de son départ étaient bonnes, la chaussée étant humide par endroits. C'est plus tard, au moment où il s'engageait dans une légère courbe, qu'il a commencé à avoir de la difficulté à contrôler son camion. Il s'est rendu compte qu'il roulait sur de la glace noire et qu'il était préférable de ne pas appliquer les freins. Il a déclaré qu'après quelques centaines de pieds, il a réussi à ramener son véhicule sur la gauche et que peu après le camion [TRADUCTION] «s'est transformé en zamboni» et a quitté la route.

Trois autres accidents s'étaient produits sur la même route ce matin-là, tous sur une distance d'environ sept kilomètres.

La route était fissurée à plusieurs endroits et, de façon générale, nécessitait des travaux d'entretien. Cependant, aucune preuve n'indique que les fissures et l'usure de la route aient pu avoir une incidence quelconque sur la formation de la glace noire ayant causé les accidents.

Le caporal Eglinski de la GRC était de service dans le secteur. Peu avant 7 h ce matin-là, il a reçu chez lui un appel téléphonique à propos d'un accident survenu près du point culminant de la route entre Gold River et Campbell River. À cause de la présence de glace sur la chaussée, un véhicule avait dérapé et s'était retrouvé dans la rivière Campbell. À 7 h 25, conformément à la procédure établie, il a téléphoné aux bureaux de la GRC à Courtenay pour leur demander d'envoyer une épandeuse de sable parce que la chaussée était glacée. Il est arrivé sur les lieux de l'accident un peu

8:20 a.m. he made a second call to the RCMP offices in Courtenay concerning the need for sanding trucks.

At about 8:20 a.m. Corporal Eglinski came upon the scene of a second accident and shortly after that he came upon the scene of a third accident, all on the same stretch of highway. Between 8:20 a.m. and 8:30 a.m. the Corporal made a third call to the RCMP offices in Courtenay. At this time, he was told that the Ministry of Transport and Highways Control Tower at Deas Island had been contacted and that a sanding truck should be on its way.

The Highways Department office in Gold River had a duty employee assigned for any necessary work that might arise that Friday. The Deas Tower tried to reach him at about 8:30 a.m. but did not have his telephone number. Faced with this problem, the Deas Tower contacted the Campbell River office of the Department. That office sent out a salt and sand truck as soon as it was loaded, some five minutes after it received the call at 8:30 a.m.

It will be remembered that it was sometime shortly after 8:30 a.m. that Mr. Brown started from Gold River towards Campbell River. At 9:00 a.m. the Gold River employee who was on call fortuitously came to the Gold River office. Shortly after he arrived, he received a call from the Deas Island Control Tower asking him to take a salt and sand truck out to the icy parts of the highway. He immediately loaded and inspected a truck. This took about 15 minutes and he drove out of the yard around 9:15 a.m. It was about this time that Mr. Brown lost control and his truck went over the embankment on the highway.

The Campbell River salt and sand truck operator reached the scene of the Brown accident at around 9:23 a.m. He found Mr. Brown, who had been unconscious for a short period of time, climbing the embankment.

The Gold River sand truck operator said that he met the Campbell River operator 15 to 20 minutes after he left the Gold River yard. The meeting took place either some 10 to 15 miles or 10 to 15

avant 8 h. Entre 8 h 10 et 8 h 20, il a fait un deuxième appel aux bureaux de la GRC à Courtenay à propos de la nécessité d'envoyer des épandeuses de sable.

Vers 8 h 20, le caporal Eglinski s'est rendu sur les lieux d'un deuxième accident puis, peu après, d'un troisième, tous survenus sur le même tronçon de route. Entre 8 h 20 et 8 h 30, le caporal a appelé pour la troisième fois les bureaux de la GRC à Courtenay. Cette fois, on lui a répondu qu'on avait contacté la tour de contrôle du ministère des Transports et de la Voirie à Deas Island et qu'une épandeuse de sable devait être en route.

Un employé du bureau du ministère de la Voirie à Gold River était de service ce vendredi pour répondre à toute éventualité. La tour de Deas a voulu le joindre vers 8 h 30 mais n'avait pas son numéro de téléphone. La tour de Deas a alors contacté le bureau du Ministère à Campbell River. Ce bureau a envoyé un camion de sel et de sable aussitôt son chargement terminé, soit environ cinq minutes après avoir reçu l'appel à 8 h 30.

Rappelons que c'est peu après 8 h 30 que M. Brown a quitté Gold River à destination de Campbell River. À 9 h, l'employé de Gold River qui était de service s'est rendu par pur hasard à son bureau. Peu après son arrivée, il a reçu un appel de la tour de contrôle de Deas Island lui demandant d'aller avec un camion épandre du sel et du sable aux endroits où la chaussée était glacée. Il a immédiatement procédé au chargement et à l'inspection d'un camion, ce qui a pris environ 15 minutes. Il a quitté le dépôt vers 9 h 15. C'est à peu près à ce moment que M. Brown a perdu le contrôle de son camion et qu'il a franchi le remblai de la route.

Le conducteur du camion de sel et de sable de Campbell River est arrivé sur les lieux de l'accident vers 9 h 23. Il a aperçu M. Brown, qui avait perdu conscience pendant une brève période, en train d'escalader le remblai.

Le conducteur du camion de sable de Gold River a dit qu'il a croisé le conducteur de Campbell River 15 à 20 minutes après avoir quitté le dépôt de Gold River. Le croisement a eu lieu de

kilometres on the Gold River side of the accident scene.

A. *The Schedule for the Gold River Highways Department Crew*

At the time of the accident, the Highways Department detachments at both Gold River and Campbell River were still on the summer schedule. They were to change over to the winter schedule the week following the accident. There is a marked difference between the winter and summer schedule. The Gold River summer system was operated by four men working for one long shift from 7:00 a.m. to 4:20 p.m. from Monday through Thursday. There was as well a call-out system for emergencies which might occur during the remainder of the week. The Gold River winter system for road maintenance called for six or seven men to work on three shifts, seven days a week.

The dates and conditions of work during the summer and winter schedules were matters of negotiation between the Department and the members of its union. Among other things, the collective bargaining agreement contemplated that the winter schedule would be posted for a period of two weeks before it came into effect, and that employees would be given an opportunity to bid on the shifts they wished to work. It can be seen that there could not be a quick change from the summer to the winter schedule simply because of unusual weather conditions. The fixing of the date for the winter schedule to come into effect had a very real significance for the Department of Highways and its personnel. It was a decision that had an impact on both the budget and finances of the Department and the work schedule of its employees. The decision required a careful consideration of matters of finance and personnel.

B. *Climatic Conditions*

Unlike the appellant, I find it difficult to find any pattern of deteriorating or dangerous conditions for the highway based on the reports of the meteorological stations at Gold River and Upper Campbell Lake for the days preceding the accident.

10 à 15 milles ou kilomètres du lieu de l'accident, du côté de Gold River.

A. *L'horaire de l'équipe du ministère de la Voirie à Gold River*

À l'époque de l'accident, les sections du ministère de la Voirie à Gold River et à Campbell River fonctionnaient encore selon l'horaire d'été. Elles devaient passer à l'horaire d'hiver la semaine suivant l'accident. Il y a une différence marquée entre l'horaire d'hiver et l'horaire d'été. L'été, à Gold River, quatre hommes effectuaient un long quart de travail de 7 h à 16 h 20 du lundi au jeudi. Le reste de la semaine, un système de travail sur appel était en place pour les cas d'urgence. Suivant l'horaire d'hiver établi pour l'entretien des routes, six ou sept hommes se partageaient trois quarts de travail, sept jours par semaine.

Les dates d'entrée en vigueur de l'horaire d'été et de l'horaire d'hiver ainsi que les conditions de travail pendant ces périodes faisaient l'objet de négociation entre le Ministère et les membres du syndicat. La convention collective prévoyait entre autres que l'horaire d'hiver serait affiché pendant deux semaines avant son entrée en vigueur et que les employés auraient l'occasion de faire connaître leur préférence quant au quart de travail. Comme on le voit, le passage de l'horaire d'été à l'horaire d'hiver ne pouvait s'effectuer rapidement du seul fait de conditions météorologiques inhabituelles. La date d'entrée en vigueur de l'horaire d'hiver revêtait en effet une importance très réelle pour le ministère de la Voirie et son personnel en raison de ses répercussions sur le budget du Ministère et l'horaire de travail de ses employés. Cette décision exigeait donc un examen attentif de considérations d'ordre financier et de questions liées au personnel.

B. *Les conditions climatiques*

Contrairement à l'appelant, il m'apparaît difficile de conclure à une détérioration des conditions ou à l'existence de conditions dangereuses sur la route à partir des rapports établis par les stations météorologiques de Gold River et de Upper

dent. At Upper Campbell Lake (the nearest climatic readings to the accident site) on November 5, a minimum temperature of –1°C was recorded, with a maximum of 2°C. The mean temperature was 0.5°C. On November 6, the mean temperature rose to 1.3°C. On November 7, it rose to 2.5°C with 0.4 centimetres of rain and a trace of snow. The Gold River Townsite weather station recorded an estimated 2.2 centimetres of snow on November 5, when the minimum temperature was 0°C and the maximum temperature was 3°C. On November 6 and 7, the maximum temperatures rose to 6°C and 6.5°C respectively and the minimum rose to 2°C and 3°C.

These reports give no warning of dangerous weather conditions. Rather, the accidents on November 7 appear to have been caused by black ice. No evidence was led as to what special conditions give rise to black ice. However, a number of witnesses indicated that the condition can arise quickly and disappear quickly. William Ball, the District Highways Manager, testified that he had seen black ice occur in a space of five minutes in situations where, at certain temperatures, the cloud cover disappears for a few minutes. In his experience, it can occur suddenly anywhere in the highway district at any particular moment and disappear just as quickly.

II. Decisions Below

Trial Division

At trial two allegations of negligence were made against the Crown. First, it was said that the Crown was negligent in failing to respond in a timely fashion to the reports of icy conditions and to remedy them. Second, it was said the Crown was negligent in failing to maintain the section of the road where the accident occurred so that ice would not form on it. With regard to the failure to respond in a timely fashion, the trial judge found that the Deas Tower did not know about the need for sanding on the highway until 8:30 a.m. The trial judge con-

Campbell Lake pour les jours ayant précédé l'accident. À Upper Campbell Lake (la station météorologique la plus près du site de l'accident) le 5 novembre, la température minimum a atteint –1°C et le maximum 2°C, avec une température moyenne de 0,5°C. Le 6 novembre, la température moyenne s'est élevée à 1,3°C. Le 7 novembre, elle a atteint 2,5°C, avec 0,4 centimètres de pluie et des traces de neige au sol. La station météorologique de Gold River Townsite a enregistré 2,2 centimètres de neige le 5 novembre alors que la température minimum était de 0°C et le maximum de 3°C. Les 6 et 7 novembre, la température maximum a atteint respectivement 6°C et 6,5°C, et le minimum 2°C et 3°C.

Ces rapports ne contenaient aucun avertissement de conditions météorologiques dangereuses. C'est la présence de glace noire qui paraît avoir été la cause des accidents du 7 novembre. Aucune preuve n'a été présentée quant aux conditions particulières pouvant expliquer la formation de glace noire. Plusieurs témoins ont toutefois indiqué que ce phénomène peut survenir rapidement et disparaître tout aussi rapidement. William Ball, directeur du district routier, a déclaré avoir vu de la glace noire se former en l'espace de cinq minutes dans des situations où, à certaines températures, la couverture nuageuse disparaît pendant quelques minutes. D'après son expérience, cela peut se produire soudainement n'importe où dans le district routier, à n'importe quel moment et disparaître aussi soudainement.

II. Les juridictions inférieures

Le tribunal de première instance

En première instance, la négligence de la province a été alléguée sous deux rapports. En premier lieu, a-t-on soutenu, la province a été négligente en ne réagissant pas promptement aux rapports faisant état de la présence de glace sur la chaussée et en tardant à prendre des mesures pour remédier à la situation. En second lieu, dit-on, la province a fait preuve de négligence en omettant d'entretenir le tronçon de la route où s'est produit l'accident de sorte que la glace ne s'y forme pas. En ce qui concerne le défaut de réagir prompte-

cluded that once the information as to the need for sanding was received, the Department's employees acted with dispatch to fulfil their obligations. He therefore determined that there was no negligence on the part of the Department in failing to respond in a timely fashion. He also considered that the choice of the system itself was a matter of policy.

With regard to the second allegation, that the Crown was negligent in failing to maintain the road so that ice would not form, the trial judge found that these were policy matters which excluded any duty of care with respect to the injury received by Mr. Brown. On this point, I would add that there does not appear to have been any evidence before the trial judge that either the state of the road or its design led to the formation of the black ice which caused the accident. In the result, the trial judge dismissed the action: (1989), 17 M.V.R. (2d) 69.

Court of Appeal

In the Court of Appeal the appellant alleged that the summer schedule system of calling up duty employees in case of emergencies, which was in place in Gold River, failed to work properly. First, it was said that this arose because the Deas Tower did not know how to get in touch with the Department's employee on duty in Gold River. It was said that this constituted negligent behaviour on the part of the Crown.

Secondly, it was submitted that the system in place for getting the sanding done was defective. It was argued that there should have been someone at work in Gold River on Friday morning at 7:00 a.m. available at the office to take out a sand truck if one was required. In other words, the system in the smaller community of Gold River should have been the same as that in place in the larger centre of Campbell River.

ment, le juge de première instance a estimé que la tour de Deas n'avait pas été informée avant 8 h 30 de la nécessité d'épandre du sable sur la route. Il a conclu qu'une fois l'information reçue, les employés du Ministère ont agi avec diligence pour remplir leurs obligations. Il a donc décidé qu'il n'y avait pas eu négligence de la part du Ministère, qui n'aurait pas réagi promptement. Il a également estimé que le choix du mode de fonctionnement était en soi une question de politique générale.

En ce qui a trait à la seconde allégation, savoir que la province a été négligente en omettant d'entretenir la route de sorte que la glace ne s'y forme pas, le juge de première instance a estimé qu'il s'agissait là de questions de politique générale, ce qui écartait toute obligation de prudence eu égard au préjudice subi par M. Brown. Sur ce point, j'ajouterais qu'il semble que le juge de première instance n'ait disposé d'aucun élément de preuve établissant que la formation de glace noire à l'origine de l'accident était imputable soit à l'état de la route soit à sa configuration. En définitive, le juge de première instance a rejeté l'action: (1989), 17 M.V.R. (2d) 69.

La Cour d'appel

En Cour d'appel, l'appelant a allégué que le système de rappel des employés de service en cas d'urgence, en place pendant l'horaire d'été à Gold River, n'a pas fonctionné adéquatement. On a dit, en premier lieu, que cette situation s'est produite, parce que la tour de Deas ne savait pas comment joindre l'employé de service à Gold River, ce qui constituait une conduite négligente de la part de la province.

En second lieu, on a soutenu que l'organisation de l'épandage du sable était déficiente. Ainsi, quelqu'un aurait dû être présent au bureau de Gold River à 7 h vendredi matin et prêt à prendre la route avec un camion de sable en cas de besoin. En d'autres termes, le mécanisme en place dans la petite collectivité de Gold River aurait dû être le même que celui de l'agglomération plus importante de Campbell River.

The Court of Appeal rejected both grounds and dismissed the appeal: (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 232, 10 C.C.L.T. (2d) 188, 37 M.V.R. (2d) 70, 10 B.C.A.C. 303, 21 W.A.C. 303, [1992] 3 W.W.R. 629. On the issue of the failure of the Deas Tower to have the telephone number of the employee on call, the Court of Appeal found that this could not be the basis for a finding of liability. Its position was put in this way (at pp. 237-38 B.C.L.R.):

Assuming that the Gold River operator had been contacted at his home at 8:30 a.m., as soon as the Deas Tower knew of the need for sanding, it would have taken the operator some minutes to prepare himself and get to the yard where he was to load and inspect his truck and leave. It would have taken him more than the quarter of an hour it actually took him between 9:00 a.m. and 9:15 a.m. to accomplish that because he would have been starting from his home instead of the office. So, we know that it would have been after 8:45 a.m. before he left.

We also know that the plaintiff had been travelling for 30 or 40 minutes when he had his accident. That is what he says himself. In those circumstances he must have left Gold River before 8:45 a.m. The Gold River operator would therefore have been behind the plaintiff on the highway and could not have done any sanding which would have prevented this accident.

... Nonetheless, it is my conclusion that the plaintiff/appellant did not establish at trial, and did not establish on this appeal on the balance of probabilities, that any failure, if there was one, on the part of the Ministry of Highways and its employees by not having the ability to communicate with the call-out operator at Gold River before 9:00 a.m. was a contributing cause of the accident, having regard to the fact that the Deas Tower did not know of the need for sanding until shortly before 8:30 a.m.

On the second issue as to whether there should have been an employee on duty in the office at Gold River, the Court of Appeal put its position in this way (at p. 240 B.C.L.R.):

Turning again to the facts of this case my conclusion is that it has not been established by the plaintiff, on the balance of probabilities, either that the decision about staffing at Gold River was not a rational one having regard to all of the considerations that were facing the Department of Transportation and Highways, or alternatively, that it was a decision that left the staffing on a

La Cour d'appel n'a accepté aucun de ces arguments et a rejeté l'appel: (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 232, 10 C.C.L.T. (2d) 188, 37 M.V.R. (2d) 70, 10 B.C.A.C. 303, 21 W.A.C. 303, [1992] 3 W.W.R. 629. Sur la question du numéro de téléphone de l'employé de service, la Cour d'appel a jugé qu'on ne pouvait conclure à la négligence du fait que la tour de Deas ne connaissait pas ce numéro. Elle s'est exprimée ainsi (aux pp. 237 et 238 B.C.L.R.):

[TRADUCTION] En présumant que le préposé de Gold River ait été contacté chez lui à 8 h 30, soit dès que la tour de Deas a été informée de la nécessité de l'épandage, il lui aurait fallu quelques minutes pour se préparer, se rendre au dépôt, charger et inspecter son camion et partir. Il lui aurait fallu plus que le quart d'heure qu'il a mis de fait entre 9 h et 9 h 15 parce qu'il serait parti de chez lui et non du bureau. Nous savons donc qu'il serait parti après 8 h 45.

Nous savons également que, selon ses propres dires, le demandeur circulait depuis 30 ou 40 minutes lorsque l'accident s'est produit. Dans les circonstances, il a dû quitter Gold River avant 8 h 45. Le préposé de Gold River aurait donc été derrière le demandeur sur la route et il n'aurait pu effectuer aucun épandage susceptible d'avoir empêché l'accident.

... Néanmoins, j'arrive à la conclusion que le demandeur/appelant n'a établi ni en première instance ni dans le présent appel, suivant la prépondérance des probabilités, que l'incapacité, de la part du ministère de la Voirie et de ses employés, de communiquer avant 9 h avec l'employé sur appel de Gold River a contribué à causer l'accident, étant donné que la tour de Deas n'a été informée de la nécessité de l'épandage que peu avant 8 h 30.

En ce qui concerne la seconde question, soit celle de savoir s'il aurait dû y avoir un employé de service au bureau de Gold River, la Cour d'appel a formulé ainsi son opinion (à la p. 240 B.C.L.R.):

[TRADUCTION] Encore là, étant donné les faits de l'espèce, j'arrive à la conclusion que le demandeur n'a pas établi, suivant la prépondérance des probabilités, soit que la décision concernant l'organisation du personnel à Gold River n'était pas rationnelle eu égard à l'ensemble des considérations dont le ministère des Transports et de la Voirie devait tenir compte, soit, subsidiairement, que

basis that failed to meet the standard of care that the law imposed on the Crown and its employees with respect to the maintenance of the Gold River and Campbell River highway in the period that included November 1985.

III. Analysis

A. *Central Issue and Basic Principles*

It will be recalled that the Department's employees at Gold River worked a very long shift from Monday through Thursday and thereafter were on a "call-out" arrangement for the balance of the week. The appellant challenges this decision of the Department and alleges that, had there been an employee on duty and available to do sanding at 7:00 a.m., the accident and the resulting injuries to Mr. Brown would never have occurred. It therefore must be determined, first, whether this is a policy decision on the part of the Department. If it was, then no liability can be attached to the Department. This must follow since there is no suggestion that, if the decision was one of policy, it was not *bona fide* or that it was so irrational that it was not a reasonable exercise of ministerial discretion.

The principles to be applied in determining whether a decision of government or a governmental agency is one of policy or operations are set out in *Just v. British Columbia*, *supra*. It may be helpful to set out the portions of the reasons of the majority that may be applied to this case. At pages 1239-45 of *Just,* the following appears:

> Over the passage of time the increased government activities gave rise to incidents that would have led to tortious liability if they had occurred between private citizens. The early governmental immunity from tortious liability became intolerable. This led to the enactment of legislation which in general imposed liability on the Crown for its acts as though it were a person. However, the Crown is not a person and must be free to govern and make true policy decisions without becoming subject to tort liability as a result of those decisions. On the other hand, complete Crown immunity should not be restored by having every government decision designated as one of "policy". Thus the dilemma giving rise

cette décision ne satisfaisait pas à la norme de diligence que la loi impose à la province et à ses employés pour ce qui est de l'entretien de la route reliant Gold River à Campbell River pendant la période incluant novembre 1985.

III. Analyse

A. *Question centrale et principes de base*

Rappelons que les employés du Ministère à Gold River effectuent un très long quart de travail du lundi au jeudi et que, pour le reste de la semaine, ils travaillent «sur appel». L'appelant conteste cette décision du Ministère et allègue que s'il y avait eu un employé de service pour procéder à l'épandage de sable à 7 h, l'accident ne se serait jamais produit et M. Brown n'aurait pas été blessé. Il faut donc déterminer, d'abord, s'il s'agit là d'une décision de politique générale de la part du Ministère. Le cas échéant, aucune responsabilité ne pourrait être retenue contre lui. Cette conclusion s'impose étant donné qu'on n'a pas soutenu que, s'il s'agissait d'une décision de politique générale, celle-ci n'a pas été prise de bonne foi ou qu'elle était à ce point irrationnelle qu'elle ne constituait pas l'exercice raisonnable d'un pouvoir discrétionnaire ministériel.

Les principes à appliquer aux fins de déterminer si la décision d'un gouvernement ou d'un organisme gouvernemental est une décision de politique générale ou une décision opérationnelle sont énoncés dans l'arrêt *Just c. Colombie-Britannique*, précité. Il peut être utile de reprendre les passages des motifs de la majorité applicables en l'espèce. On lit ce qui suit aux pp. 1239 à 1245:

> Cette présence gouvernementale accrue a donné naissance à des incidents qui auraient entraîné une responsabilité civile délictuelle s'ils étaient survenus entre particuliers. L'immunité gouvernementale initiale en matière de responsabilité délictuelle était devenue intolérable. C'est pourquoi des lois ont été adoptées pour imposer de façon générale à la Couronne la responsabilité de ses actes comme si elle était une personne. Cependant, la Couronne n'est pas une personne et elle doit pouvoir être libre de gouverner et de prendre de véritables décisions de politique sans encourir pour autant une responsabilité civile délictuelle. On ne saurait, par contre, restaurer l'immunité complète de la Couronne en qualifiant

to the continuing judicial struggle to differentiate between "policy" and "operation". Particularly difficult decisions will arise in situations where governmental inspections may be expected.

The dividing line between "policy" and "operation" is difficult to fix, yet it is essential that it be done.

. . .

The need for distinguishing between a governmental policy decision and its operational implementation is thus clear. True policy decisions should be exempt from tortious claims so that governments are not restricted in making decisions based upon social, political or economic factors. However, the implementation of those decisions may well be subject to claims in tort. What guidelines are there to assist courts in differentiating between policy and operation?

Mason J., speaking for himself and one other member of the Australian High Court in *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1, set out what I find to be most helpful guidelines. He wrote:

> *Anns* decided that a duty of care cannot arise in relation to acts and omissions which reflect the policy-making and discretionary elements involved in the exercise of statutory discretions. It has been said that it is for the authority to strike that balance between the claims of efficiency and thrift to which du Parcq LJ referred in *Kent v. East Suffolk Rivers Catchment Board* [1940] 1 KP 319 at 338 and that it is not for the court to substitute its decision for the authority's decision on those matters when they were committed by the legislature to the authority for decision (*Dorset Yacht Co. v. Home Office*, [1970] AC 1004 at 1031, 1067-8; *Anns*, at p. 754; *Barratt v. District of North Vancouver* (1980) 114 D.L.R. (3d) 577). Although these injunctions have compelling force in their application to policy-making decisions, their cogency is less obvious when applied to other discretionary matters. The standard of negligence applied by the courts in determining whether a duty of care has been breached cannot be applied to a policy decision, but it can be applied to operational decisions. Accordingly, it is possible that a duty of care may exist in relation to discretionary considerations which stand outside the policy category in the division

de «politique» chacune de ses décisions. D'où le dilemme qui a donné lieu à l'incessante bataille judiciaire autour de la différence entre «décision de politique» et «décision opérationnelle». La distinction sera particulièrement difficile à faire dans les cas où on peut s'attendre à des inspections gouvernementales.

Il est difficile d'établir la ligne de démarcation entre le «politique» et l'«opérationnel», mais il est essentiel de le faire.

. . .

La nécessité d'établir une distinction entre une décision de politique gouvernementale et sa mise en œuvre opérationnelle est donc évidente. Les véritables décisions de politique devraient être à l'abri des poursuites en responsabilité délictuelle, de sorte que les gouvernements soient libres de prendre leurs décisions en fonction de facteurs sociaux, politiques ou économiques. Cependant, l'application de ces décisions peut fort bien engager la responsabilité. Sur quels principes directeurs les tribunaux peuvent-ils donc s'appuyer pour faire cette distinction entre le politique et l'opérationnel?

S'exprimant en son nom et en celui d'un autre membre de la Haute Cour de l'Australie, dans l'arrêt *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1, le juge Mason a énoncé des principes très utiles à mon avis. Les voici:

> [TRADUCTION] L'arrêt *Anns* a établi que les actes et omissions qui correspondent à des éléments de définition de politique et discrétionnaires que comporte l'exercice de pouvoirs discrétionnaires conférés par la loi ne peuvent donner naissance à une obligation de diligence. On a dit qu'il appartient à l'autorité publique d'établir cet équilibre entre les exigences d'efficacité et d'économie comme le lord juge du Parcq l'a évoqué dans l'arrêt *Kent v. East Suffolk Rivers Catchment Board*, [1940] 1 KP 319, à la p. 338, et que le tribunal ne doit pas substituer sa décision à celle de l'autorité publique dans les domaines que le législateur a confiés à cette dernière (*Dorset Yacht Co. v. Home Office*, [1970] AC 1004, aux pp. 1031, 1067 et 1068, *Anns*, à la p. 754, *Barratt c. District of North Vancouver* (1980), 114 D.L.R. (3d) 577). Bien que ces directives emportent l'adhésion en ce qui touche les prises de décisions politiques, leur force persuasive est moins évidente lorsqu'on les applique à d'autres domaines comportant des éléments discrétionnaires. La norme de négligence que les tribunaux utilisent pour déterminer s'il y a eu manquement à une obligation de diligence ne peut s'appliquer à une décision de politique, mais elle peut

between policy factors on the one hand and operational factors on the other. This classification has evolved in the judicial interpretation of the "discretionary function" exception in the United States *Federal Tort Claims Act* — see *Dalehite v. United States* (1953) 346 US 15; . . . *United States v. Varig Airlines*, *supra*. The object of the *Federal Tort Claims Act* in displacing government immunity and subjecting the United States Government to liability in tort in the same manner and to the same extent as a private individual under like circumstances, subject to the "discretionary function" exception, is similar to that of s. 64 of the *Judiciary Act*, 1903 (Cth).

The distinction between policy and operational factors is not easy to formulate, but the dividing line between them will be observed if we recognize that a public authority is under no duty of care in relation to decisions which involve or are dictated by financial, economic, social or political factors or constraints. Thus budgetary allocations and the constraints which they entail in terms of allocation of resources cannot be made the subject of a duty of care. But it may be otherwise when the courts are called upon to apply a standard of care to action or inaction that is merely the product of administrative direction, expert or professional opinion, technical standards or general standards of reasonableness. (Emphasis added.)

The duty of care should apply to a public authority unless there is a valid basis for its exclusion. A true policy decision undertaken by a government agency constitutes such a valid basis for exclusion. What constitutes a policy decision may vary infinitely and may be made at different levels although usually at high level.

. . .

It may be convenient at this stage to summarize what I consider to be the principles applicable and the manner of proceeding in cases of this kind. As a general rule, the traditional tort law duty of care will apply to a government agency in the same way that it will apply to an

s'appliquer aux décisions opérationnelles. En conséquence, il est possible qu'il existe une obligation de diligence relativement à des considérations discrétionnaires n'entrant pas dans la catégorie des décisions de politique, d'après la division établie entre les facteurs politiques d'une part, et les facteurs opérationnels d'autre part. Cette classification a évolué à la faveur de l'interprétation qu'ont donnée les tribunaux à l'exception visant l'exercice d'une fonction discrétionnaire, prévue par la *Federal Tort Claims Act* des États-Unis — voir *Dalehite v. United States* (1953), 346 US 15; (. . .) *United States v. Varig Airlines*, précité. En levant l'immunité gouvernementale et en assujettissant le gouvernement des États-Unis à la même responsabilité que celle qu'encourrait une personne physique placée dans les mêmes circonstances, sous réserve de l'exception relative aux «fonctions discrétionnaires», la *Federal Tort Claims Act* vise le même objet que l'art. 64 de la *Judiciary Act*, (1903) (Cth).

Il n'est pas facile de faire la distinction entre les facteurs politiques et opérationnels, mais on pourra tracer la ligne de démarcation si l'on admet qu'une autorité publique n'assume aucune obligation de diligence à l'égard de décisions comportant des facteurs et des contraintes d'ordre financier, économique, social ou politique, ou qui sont dictées par ces derniers. Ainsi, les allocations budgétaires et les contraintes qui en découlent en termes de répartition des ressources ne sauraient donner lieu à une obligation de diligence. Mais il peut en être autrement lorsque les tribunaux sont appelés à appliquer une norme de diligence à un acte ou à une omission qui est simplement le produit d'une directive administrative, de l'opinion d'un expert ou d'un professionnel, ou encore de normes techniques ou de la norme générale de ce qui est raisonnable. (Je souligne.)

Une autorité publique est assujettie à l'obligation de diligence à moins d'un motif valable de l'en exempter. Un motif valable d'exemption est le cas d'une véritable décision de politique prise par un organisme gouvernemental. Or ce qui constitue une décision de politique peut varier à l'infini et être prise à divers échelons, bien que ce soit normalement à un haut niveau.

. . .

Il peut être opportun ici de résumer les principes et le raisonnement applicables, à mon avis, dans les cas de ce genre. En règle générale, l'obligation traditionnelle de diligence issue du droit de la responsabilité délictuelle s'appliquera à un organisme gouvernemental de la

individual. In determining whether a duty of care exists the first question to be resolved is whether the parties are in a relationship of sufficient proximity to warrant the imposition of such a duty. In the case of a government agency, exemption from this imposition of duty may occur as a result of an explicit statutory exemption. Alternatively, the exemption may arise as a result of the nature of the decision made by the government agency. That is, a government agency will be exempt from the imposition of a duty of care in situations which arise from its pure policy decisions.

In determining what constitutes such a policy decision, it should be borne in mind that such decisions are generally made by persons of a high level of authority in the agency, but may also properly be made by persons of a lower level of authority. The characterization of such a decision rests on the nature of the decision and not on the identity of the actors. As a general rule, decisions concerning budgetary allotments for departments or government agencies will be classified as policy decisions. Further, it must be recalled that a policy decision is open to challenge on the basis that it is not made in the *bona fide* exercise of discretion. If after due consideration it is found that a duty of care is owed by the government agency and no exemption by way of statute or policy decision-making is found to exist, a traditional torts analysis ensues and the issue of standard of care required of the government agency must next be considered.

Before attempting to apply these principles to this case a preliminary matter should be considered. At the outset, the Court of Appeal considered that it had to determine whether or not the policy was *bona fide* and reasonable or rational. In the vast majority of cases such a consideration will not be necessary. It will always be open to a plaintiff to attempt to establish, on a balance of probabilities, that the policy decision was not *bona fide* or was so irrational or unreasonable as to constitute an improper exercise of governmental discretion. This is not a new concept. It has long been recognized that government decisions may be attacked in those relatively rare instances where the policy decision is shown to have been made in bad faith or in circumstances where it is so patently unreasonable that it exceeds governmental discretion. The test to be applied when a policy decision is

même façon qu'à un particulier. Pour déterminer si une telle obligation existe, il faut d'abord se demander s'il y a entre les parties une proximité suffisante pour en justifier l'imposition. Un organisme gouvernemental peut être exempté de cette obligation par une disposition législative expresse. Par ailleurs, l'exemption peut découler de la nature de la décision prise. Ainsi, un organisme gouvernemental sera exempté de l'imposition d'une obligation de diligence dans les situations qui résultent de ses décisions de pure politique.

Pour déterminer si une décision est une décision de politique, il ne faut pas oublier que de telles décisions sont généralement prises par des personnes occupant un poste élevé au sein de l'organisme mais qu'elles peuvent aussi émaner d'un échelon inférieur. La qualification de la décision dépend de sa nature et non de l'identité des acteurs. De façon générale, les décisions concernant l'allocation de ressources budgétaires à des ministères ou organismes gouvernementaux seront rangées dans la catégorie des décisions de politique. En outre, il ne faut pas oublier qu'une décision de politique peut être contestée sur le motif qu'elle n'a pas été prise dans l'exercice réel d'un pouvoir discrétionnaire. Si, après mûre considération, on conclut que l'organisme gouvernemental a une obligation de diligence et qu'il n'en est pas exempté par la loi ou la nature politique de sa décision, il faut procéder alors à l'analyse traditionnelle de la responsabilité délictuelle, et c'est la question de la norme de diligence requise de l'organisme gouvernemental qui doit alors être examinée.

Avant de tenter d'appliquer ces principes à la présente espèce, il y a lieu d'examiner une question préliminaire. Dès le départ, la Cour d'appel a estimé qu'elle devait déterminer si la politique avait été adoptée de bonne foi et si elle était raisonnable ou rationnelle. Dans la grande majorité des cas, cet examen ne sera pas nécessaire. Il sera toujours loisible au demandeur de tenter d'établir, suivant la prépondérance des probabilités, que la décision de politique générale n'a pas été prise de bonne foi ou qu'elle était à ce point irrationnelle ou déraisonnable qu'elle ne constituait pas l'exercice judicieux du pouvoir discrétionnaire gouvernemental. Cette notion n'est pas nouvelle. On reconnaît en effet depuis longtemps que les décisions gouvernementales peuvent être attaquées dans les cas relativement rares où il est établi que la décision de politique générale a été prise de

questioned is set out in *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, at p. 24, by Wilson J. in these words:

> In my view, inaction for no reason or inaction for an improper reason cannot be a policy decision taken in the *bona fide* exercise of discretion. Where the question whether the requisite action should be taken has not even been considered by the public authority, or at least has not been considered in good faith, it seems clear that for that very reason the authority has not acted with reasonable care.

Here, no question was raised that the decision was not made in good faith or that it was patently unreasonable. There was therefore no need to consider these questions. Rather, the Court was required to struggle with the fundamental question of whether the decision in question was one of policy or operation. The importance of distinguishing between policy decisions and those that are operational was emphasized in *Just*, at pp. 1239 and 1243, in the following words:

> However, the Crown is not a person and must be free to govern and make true policy decisions without becoming subject to tort liability as a result of those decisions. On the other hand, complete Crown immunity should not be restored by having every government decision designated as one of "policy". Thus the dilemma giving rise to the continuing judicial struggle to differentiate between "policy" and "operation". Particularly difficult decisions will arise in situations where governmental inspections may be expected.
>
> The dividing line between "policy" and "operation" is difficult to fix, yet it is essential that it be done.
>
> . . .
>
> Thus a decision either not to inspect at all or to reduce the number of inspections may be an unassailable policy decision. This is so provided it constitutes a reasonable

mauvaise foi ou dans des circonstances où elle est si manifestement déraisonnable qu'elle excède le pouvoir discrétionnaire du gouvernement. Dans l'arrêt *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, le juge Wilson énonce ainsi, aux pp. 24 et 25, le critère applicable en la matière:

> À mon sens, la passivité non motivée ou mal motivée ne peut être une décision de politique prise dans l'exercice de bonne foi d'un pouvoir discrétionnaire. Lorsque les autorités publiques n'ont même pas examiné la question de savoir si les mesures nécessaires devaient être prises ou du moins, si elles ne l'ont pas fait de bonne foi, il semble évident que, pour cette raison précise, elles n'ont pas fait preuve de diligence raisonnable.

En l'espèce, la question de la bonne foi avec laquelle la décision a été prise ou celle de son caractère manifestement déraisonnable n'a pas été soulevée. Il n'y avait donc pas lieu d'examiner ces questions. La Cour a plutôt été appelée à débattre de la question fondamentale de savoir si la décision en cause constituait une décision de politique générale ou une décision opérationnelle. Aux pages 1239 à 1243 de l'arrêt *Just*, on souligne l'importance d'établir une distinction entre ces deux catégories de décisions:

> Cependant, la Couronne n'est pas une personne et elle doit pouvoir être libre de gouverner et de prendre de véritables décisions de politique sans encourir pour autant une responsabilité civile délictuelle. On ne saurait, par contre, restaurer l'immunité complète de la Couronne en qualifiant de «politique» chacune de ses décisions. D'où le dilemme qui a donné lieu à l'incessante bataille judiciaire autour de la différence entre «décision de politique» et «décision opérationnelle». La distinction sera particulièrement difficile à faire dans les cas où on peut s'attendre à des inspections gouvernementales.
>
> Il est difficile d'établir la ligne de démarcation entre le «politique» et l'«opérationnel», mais il est essentiel de le faire.
>
> . . .
>
> Ainsi, il est possible que la décision de ne pas faire d'inspections ou de réduire leur fréquence soit une décision de politique inattaquable, pourvu qu'elle constitue

exercise of *bona fide* discretion based, for example, upon the availability of funds.

. . .

At a lower level, government aircraft inspectors checking on the quality of manufactured aircraft parts at a factory may make a policy decision to make a spot check of manufactured items throughout the day as opposed to checking every item manufactured in the course of one hour of the day. Such a choice as to how the inspection was to be undertaken could well be necessitated by the lack of both trained personnel and funds to provide such inspection personnel. In those circumstances the policy decision that a spot check inspection would be made could not be attacked. [Emphasis added.]

It may now be appropriate to apply the principles set out in *Just* to the facts presented in this case. We must first determine if a *prima facie* duty of care exists, and then determine whether the imposition of this duty is excluded by statute or because the decision at issue is one of policy.

B. *Duty of Care*

The question that must be answered is whether a duty of care is owed by the Department of Highways to those who use provincial roads. The issue was put in this way in *Just* (at pp. 1236-37):

In light of that invitation to use both the facilities and the highway leading to them, it would appear that apart from some specific exemption, arising from a statutory provision or established common law principle, a duty of care was owed by the province to those that use its highways. That duty of care would extend ordinarily to reasonable maintenance of those roads. The appellant as a user of the highway was certainly in sufficient proximity to the respondent to come within the purview of that duty of care. In this case it can be said that it would be eminently reasonable for the appellant as a user of the highway to expect that it would be reasonably maintained. For the Department of Highways it would be a readily foreseeable risk that harm might befall users of a highway if it were not reasonably maintained. . . .

Even with the duty of care established, it is necessary to explore two aspects in order to determine whether liability may be imposed upon the respondent. First, the

l'exercice raisonnable d'un pouvoir discrétionnaire réel, fondé par exemple sur la disponibilité des fonds.

. . .

À l'échelon inférieur, des inspecteurs du gouvernement qui vérifient en atelier la qualité de pièces d'avion manufacturées peuvent prendre la décision de principe de faire des vérifications ponctuelles de pièces fabriquées à différents moments d'une journée, plutôt que de vérifier toutes les pièces produites pendant une heure spécifique de la journée. Le choix de la méthode pourrait très bien être dicté tant par le manque de personnel formé que par l'insuffisance des fonds nécessaires pour assurer la présence des inspecteurs. Dans ces circonstances, la décision de procéder à des contrôles ponctuels ne pourrait être attaquée. [Je souligne.]

Il y a peut-être lieu maintenant d'appliquer les principes énoncés dans l'arrêt *Just* aux faits présentés en l'espèce. Il nous faut décider d'abord s'il existe, à première vue, une obligation de diligence, et ensuite s'il y a exclusion de l'imposition de cette obligation du fait de la loi ou parce qu'il s'agit d'une décision de politique générale.

B. *L'obligation de diligence*

La question qui se pose est de savoir si le ministère de la Voirie a une obligation de diligence envers les usagers des routes provinciales. Elle a été traitée de la façon suivante dans l'arrêt *Just* (aux pp. 1236 et 1237):

Au regard de cette invitation à utiliser tant les installations que la route qui y conduit, il semblerait qu'à part certaines exemptions spécifiques découlant d'une disposition législative ou d'un principe établi de *common law*, la province avait une obligation de diligence envers les usagers de ces routes. Cette obligation de diligence s'étendrait ordinairement à l'entretien raisonnable des routes. En tant qu'usager de la route, l'appelant avait certainement avec l'intimée un lien de proximité suffisante pour être visé par l'obligation de diligence. En l'espèce, on peut affirmer qu'il serait éminemment raisonnable de la part de l'appelant à titre d'usager de la route de s'attendre à ce qu'elle soit raisonnablement entretenue. . .

L'existence d'une obligation de diligence étant établie, il est nécessaire ensuite d'examiner deux questions pour décider si l'intimée peut être tenue responsable. En

applicable legislation must be reviewed to see if it imposes any obligation upon the respondent to maintain its highways or, alternatively, if it provides an exemption from liability for failure to so maintain them. Secondly, it must be determined whether the province is exempted from liability on the grounds that the system of inspections, including their quantity and quality, constituted a "policy" decision of a government agency and was thus exempt from liability.

The Applicable Legislation

The *Highway Act*, R.S.B.C. 1979, c. 167, s. 8, provides for construction and maintenance of highways in these words:

> **8.** The minister may . . . maintain a highway across any land taken under the powers conferred by this Act. . . .

and the *Ministry of Transportation and Highways Act*, R.S.B.C. 1979, c. 280, s. 14, as follows:

> **14.** The minister has the management, charge and direction of all matters relating to the acquisition, construction, repair, maintenance, alteration, improvement and operation of . . . highways. . . .

The liability of the respondent in respect of the exercise of these powers is limited by ss. 2 and 3 of the *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1979, c. 86, in this manner:

> **2.** Subject to this Act,
>
> . . .
>
> (c) the Crown is subject to all those liabilities to which it would be liable if it were a person, . . .
>
> **3.** . . .
>
> (2) Nothing in section 2
>
> . . .
>
> (f) subjects the Crown, in its capacity as a highway authority, to any greater liability than that to which a municipal corporation is subject in that capacity.

On their face these statutory provisions do not appear to absolve the respondent from its duty of care to maintain the highways reasonably. Rather, by inference they appear to place an obligation on the province to maintain

premier lieu, il faut examiner la législation applicable pour voir si elle impose à l'intimée une obligation d'entretenir ses routes ou si, subsidiairement, elle crée une exonération de responsabilité en cas de défaut d'entretien. En second lieu, il faut se demander si la province est exonérée de toute responsabilité au motif que le système des inspections, notamment leur fréquence et leur qualité, constitue une décision de «politique» émanant d'un organisme gouvernemental.

Les lois applicables

L'article 8 de la *Highway Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 167, prévoit ce qui suit à l'égard de la construction et de l'entretien des routes:

> [TRADUCTION] **8.** Le ministre peut (. . .) assurer l'entretien d'une voie publique sur tout bien-fonds acquis en vertu des pouvoirs conférés par la présente loi. . .

et l'art. 14 de la *Ministry of Transportation and Highways Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 280:

> [TRADUCTION] **14.** Le ministre est chargé de la gestion, du contrôle et de la supervision de toutes les questions relatives à l'acquisition, à la construction, à la réparation, à l'entretien, à la modification, à l'amélioration et à l'exploitation des (. . .) routes. . .

La responsabilité qui incombe à l'intimée dans l'exercice de ces pouvoirs est limitée par les art. 2 et 3 de la *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 86, lesquels disposent:

> [TRADUCTION] **2.** Sous réserve des autres dispositions de la présente loi,
>
> . . .
>
> c) la Couronne est assimilée à une personne pour les fins de la responsabilité civile. . .
>
> **3.** . . .
>
> (2) L'article 2 n'a pas pour effet
>
> . . .
>
> f) d'imposer à la Couronne, dans ses pouvoirs en matière de voirie, une responsabilité plus grande que celle d'une corporation municipale exerçant les mêmes pouvoirs.

Le libellé de ces dispositions législatives n'indique pas que l'intimée est exemptée de son obligation d'entretenir les routes de façon raisonnable. Au contraire, on peut en déduire que la province a au moins les mêmes obli-

tain its highways at least to the same extent that a municipality is obligated to repair its roads.

There it was determined that there was a duty of care resting on the Department to reasonably maintain the provincial highways.

That duty to maintain would extend to the prevention of injury to users of the road by icy conditions. However the Department is only responsible for taking reasonable steps to prevent injury. Ice is a natural hazard of Canadian winters. It can form quickly and unexpectedly. Although it is an expected hazard it is one that can never be completely prevented. Any attempt to do so would be prohibitively expensive. It can be expected that a Department of Highways will develop policies to cope with the hazards of ice. Before applying the principles set out in *Just* to determine what may be the policy pertaining to ice and what may be the operational aspects of that policy it should be determined whether, as the respondent contends, there are any statutory provisions that would exempt the Department from the imposition of a duty of care in the repair and maintenance of highways.

C. *Statutory Exemptions*

Once again it is clear that there is no statutory exemption from tortious liability provided by the *Highway Act*, R.S.B.C. 1979, c. 167. The respondent argued that s. 8 of the *Occupiers Liability Act*, R.S.B.C. 1979, c. 303, and s. 3(2)(f) of the *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1979, c. 86, provided the requisite statutory exemptions. Further the Crown submitted that it is under no obligation to repair the highway. It contends that Crown liability can only arise from acts of misfeasance and not of nonfeasance.

I cannot accept these submissions. I will deal first with the suggestion that there is no obligation to repair highways and that liability cannot arise from a failure to act but only from an act negligently performed. It seems to me that any distinc-

gations à cet égard que celles qui incombent à une municipalité en matière de réparation des routes municipales.

On a déterminé dans cet arrêt que le Ministère avait une obligation de diligence d'entretenir raisonnablement les routes provinciales.

Cette obligation d'entretien s'étendrait à la prévention de préjudices aux usagers de la route causés par la présence de glace sur la chaussée. Toutefois, le Ministère n'a que la responsabilité de prendre les mesures raisonnables pour prévenir les préjudices. La glace est un risque naturel des hivers canadiens. Elle peut se former rapidement et sans qu'on s'y attende. Bien que ce soit un risque connu, on ne peut jamais empêcher complètement qu'il survienne. Il en coûterait des sommes exorbitantes de tenter de l'empêcher. On peut s'attendre qu'un ministère de la Voirie élabore des politiques pour faire face aux risques causés par la glace. Avant d'appliquer les principes énoncés dans l'arrêt *Just* pour déterminer quelle est la politique relative à la glace et quels en sont les aspects opérationnels, il faudrait déterminer si, comme le prétend l'intimée, il existe des dispositions législatives qui dégageraient le Ministère de l'imposition d'une obligation de diligence en ce qui concerne la réparation et l'entretien des routes.

C. *Les exemptions prévues par la loi*

Encore une fois, il est clair que la *Highway Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 167, ne comporte aucune exemption de responsabilité civile délictuelle. L'intimée a fait valoir que l'art. 8 de l'*Occupiers Liability Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 303, ainsi que l'al. 3(2)f) de la *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 86, prévoyaient de telles exemptions. La province soutient de plus qu'elle n'a aucune obligation d'entretenir les routes. Elle prétend que sa responsabilité n'est engagée qu'en cas de faute d'exécution et non en cas d'inexécution.

Je ne puis accepter ces prétentions. Je traiterai d'abord de l'argument voulant qu'il n'y ait pas d'obligation de réparer les routes et que la responsabilité ne puisse être engagée du fait de ne pas avoir agi mais seulement du fait d'avoir agi de

tion between negligence founded on misfeasance or nonfeasance will often be unnecessary or inappropriate. More importantly, as long ago as 1885, this Court in *Town of Portland v. Griffiths* (1885), 11 S.C.R. 333 held that a statute which placed public streets and highways under the control of a municipality imposed upon that municipality the duty of keeping them in repair. It follows that once the duty to repair or to maintain is assumed by a government then it must fulfil that obligation in a manner that is not negligent. That is the duty that rests upon the respondent in this case.

façon négligente. Il me semble que toute distinction entre la négligence fondée sur la faute d'exécution celle fondée sur l'inexécution est souvent inutile ou inopportune. Il importe plutôt de rappeler que dès 1885, notre Cour a conclu, dans l'arrêt *Town of Portland c. Griffiths* (1885), 11 R.C.S. 333, qu'une loi conférant à une municipalité compétence à l'égard des rues et des routes publiques imposait à cette municipalité l'obligation de les maintenir en bon état. Il s'ensuit que si un gouvernement assume l'obligation de réparer ou d'entretenir les routes, il doit s'en acquitter sans négligence. C'est l'obligation qui incombe à l'intimée en l'espèce.

Further, the *Occupiers Liability Act* simply has no place in a consideration of the obligations of the Department of Highways for the repair and maintenance of its highways. The enactment of occupiers' liability acts in common law provinces resulted from two legitimate concerns of the legislator. The first was the desire to do away with the medieval morass of "pigeon holing" and labelling that governed cases prior to the passage of the acts. The other was a concern for the increasing risk of liability for occupiers of property arising from accidents occasioned by snowmobilers running into wire fences or wire gates on farm and rural properties. I cannot believe that the *Occupiers Liability Act* of British Columbia was passed with a view to exempting the Department of Highways from liability for its negligent acts, whether they be acts of misfeasance or nonfeasance. To achieve that result a clear exemption would have to be found in the *Highway Act*. There is no such exemption here.

En outre, l'*Occupiers Liability Act* n'a aucune pertinence pour ce qui est de l'examen des obligations incombant au ministère de la Voirie en matière d'entretien et de réparation des routes. L'adoption, dans les provinces de common law, de lois visant la responsabilité des occupants, a été le fruit de deux préoccupations légitimes du législateur. La première était le désir d'en finir avec le fatras médiéval de cases et d'étiquettes encombrant jusque-là la jurisprudence. La seconde était liée à l'accroissement des risques de responsabilité des occupants résultant des accidents causés par les motoneigistes enfonçant des clôtures ou des barrières grillagées dans les fermes ou les propriétés rurales. Je ne puis croire que l'*Occupiers Liability Act* de la Colombie-Britannique ait pu avoir pour objet d'exempter le ministère de la Voirie de toute responsabilité pour cause de négligence, qu'il s'agisse de faute d'exécution ou d'inexécution. Pour y parvenir, il aurait fallu insérer une exemption claire dans la *Highway Act*. Or une telle exemption n'existe pas en l'espèce.

Alternatively, if the *Crown Proceeding Act* had exempted the Crown from liability for all tortious acts, there would be a statutory exemption. However, there is no statutory exemption in that Act which would exempt the Crown for negligently failing to maintain its roads.

Subsidiairement, si la *Crown Proceeding Act* avait exempté la province de la responsabilité à l'égard de tous les actes délictuels, cela constituerait une exemption résultant de la loi. Or il n'existe pas dans cette loi de disposition exemptant la province de toute responsabilité en cas de négligence dans l'entretien des routes relevant de sa compétence.

D. *Policy or Operations: Was the Decision of the Department to Maintain the Summer Schedule in Effect at the Time of the Accident a Policy Decision or an Operational Decision?*

In distinguishing what is policy and what is operations, it may be helpful to review some of the relevant factors that should be considered in making that determination. These factors can be derived from the following decisions of this Court: *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Barratt v. District of North Vancouver*, [1980] 2 S.C.R. 418; and *Just*, *supra*; and can be summarized as follows:

> True policy decisions involve social, political and economic factors. In such decisions, the authority attempts to strike a balance between efficiency and thrift, in the context of planning and predetermining the boundaries of its undertakings and of their actual performance. True policy decisions will usually be dictated by financial, economic, social and political factors or constraints.
>
> The operational area is concerned with the practical implementation of the formulated policies, it mainly covers the performance or carrying out of a policy. Operational decisions will usually be made on the basis of administrative direction, expert or professional opinion, technical standards or general standards of reasonableness.

In my view, the decision of the Department to maintain a summer schedule, with all that it entailed, was a policy decision. Whether the winter or summer schedule was to be followed involved a consideration of matters of finance and personnel. Clearly the decision required the Department to discuss and negotiate the dates for the commencement of the summer and winter schedules with its unions. This was a policy decision involving classic policy considerations of financial resources,

D. *Politique générale ou opérations: La décision du Ministère de maintenir l'horaire d'été en vigueur au moment de l'accident constituait-elle une décision de politique générale ou une décision opérationnelle?*

Pour distinguer les questions de politique générale des opérations, il peut être utile de passer en revue quelques-uns des facteurs pertinents à cet égard. Ces facteurs se dégagent des arrêts de notre Cour *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, *Barratt c. District of North Vancouver*, [1980] 2 R.C.S. 418, et *Just*, précité, et peuvent se résumer comme suit:

> Les véritables décisions de politique générale comportent des facteurs sociaux politiques et économiques. Lorsqu'elle prend des décisions de cette nature, l'autorité publique s'efforce d'établir un équilibre entre l'efficacité et l'économie, dans le cadre de la planification et de la détermination préalable des limites de ses engagements et de leur mise en œuvre réelle. Les véritables décisions de politique générale seront habituellement dictées par des considérations ou des contraintes d'ordre financier, économique, social et politique.
>
> L'aspect opérationnel est celui de la mise en œuvre pratique des politiques ainsi formulées; il concerne principalement l'exécution ou l'implantation d'une politique. Les décisions opérationnelles sont habituellement le produit d'une directive administrative, de l'opinion d'un expert ou d'un professionnel, ou encore de normes techniques ou de la norme générale de ce qui est raisonnable.

À mon sens, la décision du Ministère de poursuivre l'horaire d'été, avec tout ce que cela comportait, était une décision de politique générale. La décision d'établir l'horaire d'hiver ou l'horaire d'été devait tenir compte de considérations financières et de questions liées au personnel. Aux fins de déterminer les dates d'entrée en vigueur de l'horaire d'été et de l'horaire d'hiver, le Ministère était manifestement tenu de discuter et de négocier avec les syndicats. C'était une décision de poli-

personnel and, as well, significant negotiations with government unions. It was truly a governmental decision involving social, political and economic factors.

Nor can I accept the suggestion that the Gold River area should be operated in the same manner as Campbell River. Campbell River is a larger region which requires a larger work force and a different approach to its operations. If this is not an attempt to compare apples and oranges, it is at least seeking to compare grapefruits to tangerines. Any difference in the manner of operating between the Campbell River area and the Gold River area is based upon their size. Surely what is appropriate for a larger centre need not be routinely applied to a smaller unit.

I should not leave this issue without addressing the two bases put forward by the appellant for the interpretation and application of *Just*. First, the appellant contended that policy decisions must be limited to so-called threshold decisions, that is to say, broad initial decisions as to whether something will or will not be done. This would be contrary to the principles set out in *Just* referred to earlier. Therefore, this submission cannot be accepted. Policy decisions can be made by persons at all levels of authority. In determining whether an impugned decision is one of policy, it is the nature of the decision itself that must be scrutinized, rather than the position of the person who makes it. The appellant next alleges that the system itself was unreasonable. As I have already said, this decision was clearly one of policy. Such a policy decision cannot be reviewed on a private law standard of reasonableness. Since no allegation was made that the decision was not *bona fide* or was so irrational that it could not constitute a proper exercise of discretion, it cannot be attacked.

tique générale nécessitant la prise en considération classique des ressources financières et humaines ainsi que d'importantes négociations avec les syndicats gouvernementaux. Il s'agissait donc véritablement d'une décision gouvernementale comportant des aspects sociaux politiques et économiques.

Je ne puis davantage accepter l'argument voulant que le service offert dans le secteur de Gold River devrait être le même que dans celui de Campbell River. Le territoire de celui-ci étant plus grand, il requiert un effectif plus important et un mode de fonctionnement différent. On ne tente peut-être pas ici de comparer des pommes et des oranges, mais du moins des pamplemousses et des tangerines. Les différences de fonctionnement entre le secteur de Campbell River et celui de Gold River sont attribuables à leur différence de grandeur. À n'en pas douter, il n'y a pas lieu d'appliquer systématiquement à un petit centre ce qui convient pour un centre plus grand.

Je ne voudrais pas terminer l'examen de cette question sans aborder les deux moyens qu'a soulevés l'appelant quant à l'interprétation et à l'application de l'arrêt *Just*. L'appelant soutient d'abord que les décisions de politique générale doivent être circonscrites aux décisions dites préliminaires, c'est-à-dire aux décisions initiales générales de faire ou de ne pas faire quelque chose. Cela serait contraire aux principes énoncés dans l'arrêt *Just*. Cet argument ne peut donc être retenu. Les décisions de politique générale peuvent être prises par des personnes de tous les niveaux décisionnels. Pour déterminer si une décision contestée relève de la politique générale, il faut en examiner la nature, plutôt que le poste de la personne qui la prend. L'appelant soutient ensuite que le système en place était en soi déraisonnable. Comme je l'ai dit précédemment, cette décision était manifestement une décision de politique générale. Une décision de cette nature ne peut être examinée en regard de la norme du caractère raisonnable du droit privé. Étant donné que l'on n'a pas allégué que la décision n'a pas été prise de bonne foi ou qu'elle était à ce point irrationnelle qu'elle ne saurait constituer l'exercice légitime d'un pouvoir discrétionnaire, elle ne peut être attaquée.

E. *The Operational Aspect*

It remains to be considered whether the manner in which the sanding was carried out under the summer schedule was negligent. If it was, the respondent could be found liable. There are two worrisome features of this aspect of the case.

The first is the length of time it took for the Deas Tower to respond to the request for sanding. Corporal Eglinski put in his first call requesting sanding at 7:25 a.m. The first time the call was acknowledged at Deas Tower was 8:30 a.m. The Deas Tower was apparently not aware of the problem until that time. There are a number of speculative reasons which can be put forward for the delay. It may have been because the conditions for radio transmission were poor and Deas Tower could not be reached by the RCMP at Courtenay. It may be that the RCMP did not press forward with the attempts to notify Deas Tower. However, there is no claim made against the police for negligence. In any event, the onus is on the plaintiff to establish, on a balance of probabilities, that the Department's negligence was responsible for the unexplained delay in responding to the request for sanding. That is to say, it is for the plaintiff to establish that the Crown was negligent in the manner in which it carried out the operational aspect of the call out system and of the road maintenance. Mr. Brown has not met that onus.

Once the Deas Tower was notified, things moved expeditiously. First through the dispatch of the sand and gravel truck from the Campbell River yard and secondly, through the fortuitous arrival and dispatching of an employee from the Gold River yard. It therefore follows that this delay, which might have given rise to liability, has not been shown to have occurred as a result of the negligence of the Department.

The second worrisome aspect was the inability of the Deas Tower to reach the Department employee on call at Gold River. It would seem to be imperative that the home telephone numbers of the call-out employees should be provided to the Deas Tower so that they could be reached quickly

E. *L'aspect opérationnel*

Il reste à déterminer s'il y a eu négligence dans l'organisation de l'épandage du sable suivant l'horaire d'été. S'il y a eu négligence, la responsabilité de l'intimée pourrait être engagée. La présente espèce soulève sous ce rapport deux points troublants.

Le premier concerne le temps qu'a mis la tour de Deas à répondre à la demande d'épandage. Le caporal Eglinski a fait un premier appel à 7 h 25. À la tour de Deas, on reconnaît avoir reçu le premier appel à 8 h 30; jusque-là, apparemment, on n'était pas au courant du problème. On peut certes avancer diverses hypothèses sur les raisons de ce retard. Il se peut que les conditions de radiotransmission aient été mauvaises et que la GRC de Courtenay n'ait pu établir le contact avec la tour de Deas. Il se peut que la GRC n'ait pas persévéré dans ses tentatives de prévenir la tour de Deas. Aucune allégation de négligence n'a toutefois été faite en ce qui a trait à la police. Quoi qu'il en soit, il incombe au demandeur d'établir, suivant la prépondérance des probabilités, que le retard inexpliqué à répondre à la demande d'épandage est imputable à la négligence du Ministère. En d'autres termes, c'est au demandeur qu'il appartient d'établir que la province a été négligente dans la mise en œuvre de l'aspect opérationnel du système de travail sur appel et de l'entretien des routes. Or, M. Brown ne s'est pas acquitté de cette charge.

Une fois la tour de Deas prévenue, les interventions ont été menées avec diligence. Un camion de sable et de gravier a d'abord été envoyé de Campbell River puis, grâce à son arrivée fortuite, un employé a pu être dépêché de Gold River. Il s'ensuit donc qu'il n'a pas été établi que le retard, qui aurait pu engager la responsabilité, était imputable à la négligence du Ministère.

Le second aspect troublant est l'incapacité dans laquelle s'est trouvée la tour de Deas de joindre l'employé du Ministère qui était sur appel à Gold River. Il aurait été impératif, semble-t-il, que les numéros de téléphone à domicile des employés sur appel aient été fournis à la tour de Deas de façon à

in case of an emergency. However, this undoubted negligence did not affect the result in this case. There are concurrent findings made by the trial judge and the Court of Appeal that even if the home telephone number of the call-out employee had been available to the Deas Tower, he could not have been on the road in time to prevent the accident. It was observed by the Court of Appeal that, had he been reached at home at 8:30 a.m., he would have had to take some time to get himself ready, then to get to the Gold River yard, and after that to load and inspect the truck and take it out on the road. His fortuitous presence at the yard at 9:00 a.m. meant that he was on the road as early as he could have been had he been reached at his home shortly after 8:30 a.m. In those circumstances, the undoubted negligence of the Department in failing to have the home telephone numbers of the employees on file with the Deas Tower could not have had any effect on the accident. It follows that in light of these findings the Crown cannot be found liable for the accident.

IV. Disposition

In the result, the appeal must be dismissed with costs if demanded.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Laxton & Company, Vancouver.

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

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

ce qu'ils puissent être joints rapidement en cas d'urgence. En définitive toutefois, cette négligence indubitable n'a pas eu d'incidence en l'espèce. En effet, selon les conclusions concordantes du juge de première instance et de la Cour d'appel, même si la tour de Deas avait eu le numéro à domicile de l'employé qui était sur appel, celui-ci n'aurait pu être sur la route à temps pour prévenir l'accident. La Cour d'appel a fait observer que s'il avait été joint chez lui à 8 h 30, il lui aurait fallu un certain temps pour se préparer, se rendre au dépôt de Gold River, procéder au chargement et à l'inspection du camion et, enfin, prendre la route. Grâce à sa présence fortuite au dépôt à 9 h, il était sur la route aussi tôt qu'il aurait pu l'être si on l'avait joint chez lui peu après 8 h 30. Dans les circonstances, la négligence certaine dont a fait preuve le Ministère en ne communiquant pas à la tour de Deas les numéros de téléphone personnels des employés n'a pu avoir aucune incidence sur l'accident. Étant donné ces conclusions, la province ne peut être tenue responsable.

IV. Dispositif

En définitive, il y a lieu de rejeter le pourvoi avec dépens si demande en est faite.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Laxton & Company, Vancouver.

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

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

Patrick Owen Swinamer *Appellant*

v.

The Attorney General of Nova Scotia representing Her Majesty The Queen in right of the province of Nova Scotia *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: SWINAMER *v.* NOVA SCOTIA (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 22915.

1993: November 8; 1994: March 17.

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

ON APPEAL FROM THE NOVA SCOTIA SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

Torts — Negligence — Duty of care — Governmental liability — Maintenance of highways — Tree on private property adjacent to provincial highway falling on truck and injuring driver — Transportation Department having conducted survey prior to accident to identify obviously hazardous trees — Whether Department's decision to conduct survey one of policy — Whether Department negligent in carrying out survey.

The appellant was injured when a tree fell across his truck on a highway maintained by the respondent province. The tree was located on private property, about three feet from the edge of the highway right-of-way. Its collapse was caused by a severe fungus infection. As part of its ordinary maintenance activities, the Department of Transportation removed fallen trees and branches from the roads as well as trees which were regarded as dangerous. While there was no general policy in effect to inspect trees, a few months prior to the accident, the Department had made a survey in the region of trees that were an obvious hazard to the travelling public. The survey was carried out by a foreman, who had some knowledge of forests, and a survey technician. Over 200 dead trees were marked, but not the

Patrick Owen Swinamer *Appelant*

c.

Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, représentant Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Nouvelle-Écosse *Intimé*

et

Le procureur général du Canada *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: SWINAMER *c.* NOUVELLE-ÉCOSSE (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 22915.

1993: 8 novembre; 1994: 17 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE, SECTION D'APPEL

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Responsabilité de l'État — Entretien des routes — Conducteur de camion blessé par la chute d'un arbre situé sur une propriété privée attenante à une route provinciale — Inspection faite par le ministère des Transports avant l'accident en vue de dénombrer les arbres présentant un danger apparent — La décision du ministère de procéder à une inspection est-elle une décision de politique générale? — Le ministère a-t-il été négligent dans le cadre de l'inspection?

L'appelant a été blessé lorsqu'un arbre s'est effondré sur son camion au moment où il circulait sur une route entretenue par la province intimée. L'arbre se trouvait sur une propriété privée, à quelque trois pieds de la limite de l'emprise de la route. Son effondrement a été causé par une grave infection d'origine fongique. Dans le cadre de ses activités normales d'entretien, le ministère des Transports enlève les arbres et les branches qui sont tombés sur la route, de même que les arbres qui sont jugés dangereux. Bien qu'il n'existait pas de politique générale d'inspection des arbres, le ministère avait, quelques mois avant l'accident, inspecté dans la région les arbres qui constituaient un danger manifeste pour les usagers de la route. C'est un contremaître connaissant assez bien la forêt qui a mené l'inspection, en

one that caused the accident, and a report was sent to the regional manager requesting funding for their removal. The funding was only partially allowed over a three-year span.

At trial, the Department was found liable. The trial judge concluded that it was negligent in the manner in which it conducted the survey: the Department should have consulted experts, adequately trained the foreman so that he might recognize a tree suffering from a severe fungus infection and taken the appropriate steps to remove the tree. The Court of Appeal allowed the province's appeal and dismissed the claim.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The province owes a duty of care to those using its highways. That duty of care ordinarily extends to reasonable maintenance and would include the duty to take reasonable steps to prevent accidents caused by trees that are hazardous. The appellant, as a user of the highway, was in sufficient proximity to the Department of Transportation to come within the scope of that duty of care. When the tree which constitutes a danger to the users of the highway is situated on land adjoining the highway, the Department has the authority under s. 4 of the *Public Highways Act*, or even ss. 70(f) and 71 of the *Expropriation Act*, to enter on that land to remedy the dangerous situation.

Section 5 of the *Public Highways Act*, which provides that "nothing in this Act compels or obliges the Minister to construct or maintain any highway or to expend money on any highway", does not constitute a statutory exemption from the duty of care, so as to exempt the Department from liability arising from negligent conduct in highway maintenance. Although s. 5 does not impose a specific legal duty to exercise the statutory power conferred on the Department to build highways, once it is exercised, a duty is created to maintain those highways with due care. As well, s. 5(1)(a) of the *Proceedings against the Crown Act* does not exempt the Department from liability for negligently failing to maintain its highways.

The Department's decision to inspect and identify hazardous trees, however, was taken as a preliminary

compagnie d'un technicien d'arpentage. Ils ont marqué plus de 200 arbres morts, mais pas celui qui a causé l'accident. Un rapport a été envoyé au directeur général, demandant l'octroi de fonds afin d'enlever ces arbres. La demande d'attribution de ressources financières n'a été accueillie qu'en partie et ce, sur une période de trois ans.

Au procès, le juge de première instance a conclu à la responsabilité du ministère. Il a statué que ce dernier avait fait preuve de négligence quant à la manière dont il avait mené l'inspection: le ministère aurait dû consulter des experts, former adéquatement le contremaître de façon qu'il puisse déceler les arbres atteints d'une grave infection d'origine fongique et prendre les mesures qui s'imposaient pour abattre l'arbre. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par la province et rejeté la demande.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: La province a une obligation de diligence envers les personnes qui utilisent ses routes. Cette obligation de diligence englobe habituellement l'entretien raisonnable des routes et comprend l'obligation de prendre des mesures raisonnables afin de prévenir les accidents que pourraient causer les arbres dangereux. En qualité d'usager de la route, l'appelant avait un lien suffisamment étroit avec le ministère des Transports pour être créancier de cette obligation de diligence. Lorsque l'arbre qui présente un danger pour les usagers de la route est situé sur un terrain contigu, le ministère est autorisé, en vertu de l'art. 4 de la *Public Highways Act*, ou même de l'al. 70f) et de l'art. 71 de l'*Expropriation Act*, à pénétrer sur la propriété et à remédier à la situation périlleuse.

L'article 5 de la *Public Highways Act*, qui prévoit que «la présente loi n'a pas pour effet d'obliger le ministre à construire ou à entretenir des routes ni à engager des fonds à l'égard d'une route», ne constitue pas une exemption de l'obligation de diligence qui exonère le ministère de toute responsabilité découlant d'une négligence dans l'entretien de la route. Même si l'art. 5 ne crée pas expressément une obligation légale d'exercer le pouvoir que la loi confère au ministère en matière de construction routière, une fois que celui-ci exerce ce pouvoir, il a l'obligation d'entretenir avec diligence le réseau routier qui est établi. De même, l'al. 5(1)a) de la *Proceedings against the Crown Act* n'exonère pas le ministère de toute responsabilité lorsque, par négligence, il n'entretient pas ses routes.

La décision du ministère d'inspecter les arbres et de marquer ceux qui étaient dangereux constituait toutefois

step in the policy-making process and thus was exempt from tort liability. It involved questions of expenditure and allocation of funds, clearly indicating that it was a policy decision. There is no suggestion that this was not a *bona fide* decision or that it was so irrational as to constitute an improper exercise of governmental discretion.

No negligence can be found on the part of the Department in the operational aspect of carrying out the survey. In light of the perceived risks, budgetary constraints and the need to complete the survey expeditiously in order to present a request for funds, there was no need to retain the services of an expert or to require the foreman to undergo special training. The tree that fell appeared to be in good health and was not an apparent source of danger.

Per La Forest and McLachlin JJ.: Cory J.'s reasons were agreed with, subject to the following comments. Whether a private law duty may be posited for public authorities depends on their statutory powers. When, as here, the governing legislation confers powers but leaves the scale on which they are to be exercised to the discretion of the public authority, there is no private law duty on the public authority until it makes a policy decision to do something. Only then does a duty arise at the operational level to use due care in carrying out the policy. A policy decision is not an exception to a general duty, but a precondition to the finding of a duty at the operational level.

Per Sopinka J.: The *Public Highways Act* does not create a duty to maintain highways but confers only a power to maintain. The *bona fide* exercise of that statutory discretion cannot result in liability on the basis of a private law duty of care. Here, the conduct complained of was "a preliminary step" preparatory to the exercise of that discretion and therefore cannot be the basis of liability.

Cases Cited

By Cory J.

Applied: *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; **referred to:** *Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)*, [1994] 1 S.C.R. 420; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C.

une mesure préalable au processus décisionnel, et il était donc exonéré de toute responsabilité délictuelle. Elle soulevait des questions d'engagement et d'affectation de ressources financières, ce qui montrait clairement qu'il s'agissait d'une décision de politique générale. Nul ne prétend que la décision n'a pas été prise de bonne foi ou qu'elle était déraisonnable au point de constituer un exercice inadéquat du pouvoir discrétionnaire de l'État.

Le ministère n'a pas fait preuve de négligence en ce qui concerne les aspects opérationnels de l'inspection. Compte tenu des risques appréhendés, des restrictions budgétaires et de la nécessité de procéder rapidement à l'inspection afin de présenter une demande de ressources financières, il n'était pas nécessaire de retenir les services d'un expert ou d'exiger que le contremaître reçoive une formation spéciale. L'arbre qui s'est effondré donnait tous les signes d'une bonne santé et ne constituait pas un danger apparent.

Les juges La Forest et McLachlin: L'opinion du juge Cory est acceptée, sauf en ce qui concerne les commentaires suivants. La question de savoir si une obligation de droit privé peut être invoquée contre une autorité publique dépend des pouvoirs que lui confie la loi. Lorsque, comme en l'espèce, la loi habilitante confère des pouvoirs, mais laisse l'étendue de leur exercice à la discrétion de l'autorité publique, celle-ci n'a aucune obligation de droit privé tant qu'elle n'a pas pris la décision de politique générale de faire quelque chose. Alors seulement a-t-elle l'obligation au niveau opérationnel de faire preuve de diligence raisonnable dans l'exécution de la politique. Une décision de politique générale n'est pas une exception à une obligation générale. C'est une condition préalable à l'existence d'une obligation au niveau opérationnel.

Le juge Sopinka: La *Public Highways Act* ne crée aucune obligation d'entretenir les routes. Elle confère plutôt le pouvoir de les entretenir. L'exercice de bonne foi de ce pouvoir discrétionnaire ne peut donc entraîner une responsabilité sur le fondement d'une obligation de diligence en droit privé. En l'espèce, le comportement faisant l'objet de la plainte était «une mesure préalable» à l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire et ne peut former le fondement d'une responsabilité.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêt appliqué: *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; **arrêts mentionnés:** *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420; *Anns c. Merton London*

728; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Barron v. City of Natchez*, 90 So.2d 673 (1956); *Inabinett v. State Highway Department*, 12 S.E.2d 848 (1941); *Brown v. State*, 58 N.Y.S.2d 691 (1945).

By McLachlin J.

Referred to: *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2.

By Sopinka J.

Referred to: *Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)*, [1994] 1 S.C.R. 420.

Statutes and Regulations Cited

Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, c. 86, s. 2(c).
Expropriation Act, R.S.N.S. 1989, c. 156, ss. 70(f), 71.
Proceedings against the Crown Act, R.S.N.S. 1989, c. 360, s. 5(1)(a).
Public Highways Act, R.S.N.S. 1989, c. 371, ss. 4, 5.

Authors Cited

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 8th ed. Sydney: Law Book Co., 1992.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (1992), 108 N.S.R. (2d) 254, 294 A.P.R. 254, 10 C.C.L.T. (2d) 207, 35 M.V.R. (2d) 191, allowing respondent's appeal from a judgment of Grant J. (1991), 101 N.S.R. (2d) 333, 275 A.P.R. 333, 6 C.C.L.T. (2d) 270, which allowed appellant's action against the province for negligence. Appeal dismissed.

Derrick J. Kimball, *Nash T. Brogan* and *Heidi Foshay Kimball*, for the appellant.

Jonathan Davies, for the respondent.

Ivan G. Whitehall, *Q.C.*, and *Donald J. Rennie*, for the intervener.

The reasons of La Forest and McLachlin JJ. were delivered by

Borough Council, [1978] A.C. 728; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Barron c. City of Natchez*, 90 So.2d 673 (1956); *Inabinett c. State Highway Department*, 12 S.E.2d 848 (1941); *Brown c. State*, 58 N.Y.S.2d 691 (1945).

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2.

Citée par le juge Sopinka

Arrêt mentionné: *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420.

Lois et règlements cités

Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, ch. 86, art. 2c).
Expropriation Act, R.S.N.S. 1989, ch. 156, art. 70f), 71.
Proceedings against the Crown Act, R.S.N.S. 1989, ch. 360, art. 5(1)a).
Public Highways Act, R.S.N.S. 1989, ch. 371, art. 4, 5.

Doctrine citée

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 8th ed. Sydney: Law Book Co., 1992.

POURVOI contre un arrêt de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Section d'appel (1992), 108 N.S.R. (2d) 254, 294 A.P.R. 254, 10 C.C.L.T. (2d) 207, 35 M.V.R. (2d) 191, qui a accueilli l'appel de l'intimé contre un jugement du juge Grant (1991), 101 N.S.R. (2d) 333, 275 A.P.R. 333, 6 C.C.L.T. (2d) 270, qui avait accueilli l'action pour négligence que l'appelant avait intenté contre la province. Pourvoi rejeté.

Derrick J. Kimball, *Nash T. Brogan* et *Heidi Foshay Kimball*, pour l'appelant.

Jonathan Davies, pour l'intimé.

Ivan G. Whitehall, *c.r.*, et *Donald J. Rennie*, pour l'intervenant.

Version française des motifs des juges La Forest et McLachlin rendus par

MCLACHLIN J. — I have read the reasons of my colleague Cory J. and agree with his conclusions. I find it necessary, however, to add a few words on the matter of the source of the duty of care which lies on public authorities.

Cory J., as I read his reasons, finds a general duty of care on a province to maintain its highways. This duty is avoided only by establishing that the case falls within a recognized exception to the general duty. As he puts it, "[t]he duty of care should apply to a public authority unless there is a valid basis for its exclusion" (p. 456). He sees policy decisions as a ground of exclusion. He goes on to assert that "[a]s a general rule, the traditional tort law duty of care will apply to a government agency in the same way that it will apply to an individual" (p. 456).

This approach may be seen as a departure from the long-standing view that public authorities owe no private duty to individuals capable of founding a civil action, unless such a duty can be found in the terms of the authority's enabling statute. As Lord Wilberforce put it in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, at p. 754, to impose a general private law duty on such bodies

> . . . would be to neglect an essential factor which is that the local authority is a public body, discharging functions under statute: its powers and duties are definable in terms of public not private law. The problem which this type of action creates, is to define the circumstances in which the law should impose, over and above, or perhaps alongside, these public law powers and duties, a duty in private law towards individuals such that they may sue for damages in a civil court.

The reasoning in *Anns* was adopted by this Court in *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, at p. 11, where Wilson J. emphasized that

LE JUGE MCLACHLIN — J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Cory et je suis d'accord avec ses conclusions. J'estime toutefois nécessaire d'ajouter quelques mots sur la question de l'origine de l'obligation de diligence qu'ont les autorités publiques.

Si je comprends bien ses motifs, le juge Cory estime qu'une province a une obligation générale de diligence dans l'entretien de ses routes. L'obligation n'est écartée que si elle établit que l'affaire relève d'une exception reconnue à l'obligation générale. Comme il le dit, «[u]ne autorité publique est assujettie à l'obligation de diligence à moins d'un motif valable de l'en exempter» (p. 456). Il considère qu'une décision de politique générale est un motif d'exclusion. Il ajoute qu'«[e]n règle générale, l'obligation traditionnelle de diligence issue du droit de la responsabilité délictuelle s'appliquera à un organisme gouvernemental de la même façon qu'à un particulier» (p. 456).

Cette conception peut être considérée comme une exception à la règle bien établie que les autorités publiques n'ont envers les particuliers aucune obligation privée pouvant servir de fondement à une action civile, sauf si cette obligation peut se dégager des termes de leur loi habilitante. Comme l'a dit lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, à la p. 754, imposer une obligation générale de droit privé à ces organismes

> [TRADUCTION] . . . ne tiendrait pas compte d'un élément essentiel, savoir que l'autorité locale est un organisme public qui remplit des fonctions conférées par une loi: ses pouvoirs et ses obligations se définissent en fonction du droit public et non du droit privé. Le problème que crée ce genre d'action réside dans la définition des circonstances dans lesquelles la loi devrait imposer, en sus de ces pouvoirs et obligations de droit public, ou peut-être conjointement à ceux-ci, une obligation de droit privé envers les particuliers qui leur permettrait d'engager une action en dommages-intérêts devant un tribunal civil.

Notre Cour a adopté le raisonnement de l'arrêt *Anns* dans l'arrêt *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, à la p. 11, où le juge Wilson a

whether a private law duty may be posited for public authorities depends on their statutory powers:

These questions, Lord Wilberforce said, must be answered by an examination of the governing legislation.

Lord Wilberforce categorized the various types of legislation as follows:

(1) statutes conferring powers to interfere with the rights of individuals in which case an action in respect of damage caused by the exercise of such powers will generally not lie except in the case where the local authority has done what the legislature authorized but has done it negligently;

(2) statutes conferring powers but leaving the scale on which they are to be exercised to the discretion of the local authority. Here there will be an option to the local authority whether or not to do the thing authorized but, if it elects to do it and does it negligently, then the policy decision having been made, there is a duty at the operational level to use due care in giving effect to it.

This appeal falls into the second category. There is no private law duty on the public authority until it makes a policy decision to do something. Then, and only then, does a duty arise at the operational level to use due care in carrying out the policy. On this view, a policy decision is not an exception to a general duty, but a precondition to the finding of a duty at the operational level.

Subject to these comments, I would dismiss the appeal for the reasons given by Cory J.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. — I agree with the conclusion reached by my colleague Cory J. but, as in the case of *Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)*, [1994] 1 S.C.R. 420, I

fait ressortir que la question de savoir si une obligation de droit privé peut être invoquée contre une autorité publique dépend des pouvoirs que lui confie la loi:

Lord Wilberforce affirme qu'il faut répondre à ces questions en fonction de la législation applicable.

Lord Wilberforce classe les diverses sortes de lois comme ceci:

[TRADUCTION]

1) les lois qui confèrent le pouvoir de porter atteinte aux droits des personnes; dans ce cas généralement, aucune action ne peut être intentée pour les dommages causés dans l'exercice de ce pouvoir sauf si les autorités locales ont fait ce que la législature leur permettait de faire, mais de façon négligente;

2) les lois qui confèrent des pouvoirs, mais laissent l'étendue de leur exercice à la discrétion des autorités locales. Dans ce cas, les autorités locales ont le choix de faire ou de ne pas faire ce qui leur est permis, mais si elles choisissent de le faire et qu'elles le font de façon négligente, la décision de politique ayant été prise, il existe alors une obligation de faire preuve de diligence raisonnable en la mettant à exécution.

Le présent pourvoi tombe dans la seconde catégorie. L'autorité publique n'a aucune obligation de droit privé tant qu'elle n'a pas pris la décision de politique générale de faire quelque chose. Alors, et alors seulement, a-t-elle l'obligation au niveau opérationnel de faire preuve de diligence raisonnable dans l'exécution de la politique. Ainsi, une décision de politique générale n'est pas une exception à une obligation générale. C'est une condition préalable à l'existence d'une obligation au niveau opérationnel.

Sous réserve de ces commentaires, je suis d'avis de rejeter le pourvoi pour les motifs exposés par le juge Cory.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA — Je souscris à la conclusion de mon collègue le juge Cory mais, comme dans le pourvoi *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S.

must respectfully disagree that the legislation (*Public Highways Act*, R.S.N.S. 1989, c. 371) creates a duty to maintain highways. The legislation confers a power to maintain. The *bona fide* exercise of this statutory discretion cannot result in liability on the basis of a private law duty of care. The conduct complained of was, as my colleague states, "a preliminary step" preparatory to the exercise of that discretion and cannot be the basis of liability.

I would dispose of the appeal as proposed by Cory J.

The judgment of Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

CORY J. — This appeal raises many of the same issues considered in *Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)*, [1994] 1 S.C.R. 420, which was heard at the same time. Like that case, it involves a consideration of the liability of governmental agencies in tort. I believe this case can also be resolved by the application of the principles set out in *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228.

I. Factual Background

At about 3:00 on Saturday afternoon November 26, 1983, the appellant, who was the plaintiff in this case, was driving his truck on Falmouth Back Road, a public highway in Nova Scotia. A large elm tree fell across the truck crushing Mr. Swinamer. He suffered such terrible injuries that he will always remain a paraplegic.

The tree was an elm, about 110 years old, 2.5 feet in diameter and some 60 to 70 feet tall. It was located on the farm of Mr. and Mrs. Redden, about three feet from the edge of the highway right-of-way. The branches of the tree overhung the highway and, undoubtedly, its roots extended onto the right-of-way.

The previous summer the tree was in full foliage and appeared to be in good health. The sudden and

420, je ne peux convenir que la loi (la *Public Highways Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 371) crée une obligation d'entretenir les routes. Elle confère plutôt le pouvoir de les entretenir. L'exercice de bonne foi de ce pouvoir discrétionnaire ne peut donc entraîner une responsabilité sur le fondement d'une obligation de diligence en droit privé. Le comportement faisant l'objet de la plainte était, comme mon collègue le dit, «une mesure préalable» à l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire et ne peut former le fondement d'une responsabilité.

Je suis d'avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par le juge Cory.

Version française du jugement des juges Gonthier, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE CORY — Le présent pourvoi soulève bon nombre des questions qui sont examinées dans le pourvoi *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420, entendu au même moment. Comme dans cette affaire, la Cour est appelée à statuer sur la responsabilité délictuelle des organismes publics. Je crois que la présente affaire peut aussi être tranchée par l'application des principes énoncés dans *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228.

I. Les faits

Vers 15 heures, le samedi 26 novembre 1983, l'appelant, qui était le demandeur en l'espèce, circulait à bord de son camion sur Falmouth Back Road, une voie publique de la Nouvelle-Écosse. Un grand orme est tombé sur le camion, écrasant M. Swinamer. Ce dernier a été si gravement blessé qu'il sera paraplégique pour le reste de ses jours.

L'arbre en question, un orme d'environ 110 ans, avait un diamètre de 2,5 pieds et une hauteur de 60 à 70 pieds. Il se trouvait sur la ferme de M. et Mme Redden, à quelque trois pieds de la limite de l'emprise de la route. Les branches de l'arbre s'étendaient au-dessus de la route, et ses racines empiétaient sans aucun doute sur l'emprise.

L'été précédent, l'arbre semblait en bonne santé et son feuillage était touffu. L'effondrement sou-

unexpected collapse of the tree was caused by a severe fungus infection known as Artists Conk. A lay person looking at the tree could not determine if it suffered from this disease. However, if a wound was found in the tree, usually close to the ground and often covered by leaves or undergrowth, an expert might suspect its presence. Even then, in order to determine the existence of the disease, the tree would have to be drilled and the drill core tested.

The Department of Transportation in the province of Nova Scotia (now the Department of Transportation and Communications) is divided into regions. In each, the divisional engineer assisted by a superintendent is responsible for maintaining the highways within the boundaries of the region.

As part of the ordinary maintenance activities of the Department, fallen trees and branches were removed usually after storms. The Department, as well, removed trees which had been identified as hazards either by the members of the public or Department personnel. These were invariably obviously dead trees, with branches that could fall on the highway.

In 1983 the divisional engineer (Robert Colburn) received complaints about dead trees along the sides of the roads in his county. He very properly believed that they could pose a hazard to the travelling public. At the time he did not have funds in his maintenance budget to remove them. He assigned a foreman, Gerald Allen, and a survey technician to survey the roads in the district to assess the extent of the problem. He instructed them to count the trees that were dead and an obvious hazard to the travelling public.

The foreman was not a trained forester but did have some knowledge of forests and could identify a dead tree. Together with the survey technician he drove more than 800 kilometres over the roads of the region. They counted over 200 trees which

dain et inopiné de l'arbre a été causé par une grave infection d'origine fongique appelée «ganoderme des artistes». L'examen de l'arbre par une personne non avertie n'aurait pu révéler l'existence de l'infection. Cependant, la présence d'un ulcère, généralement près du sol et, souvent, sous des feuilles ou des broussailles, pourrait amener un expert à diagnostiquer la maladie. Toutefois, pour confirmer l'existence de la maladie, il faudrait prélever un échantillon et l'analyser.

Le ministère des Transports de la Nouvelle-Écosse (maintenant le ministère des Transports et des Communications) est doté de plusieurs directions régionales. Dans chacune d'elles, l'ingénieur divisionnaire, assisté d'un surintendant, est responsable de l'entretien des routes.

Dans le cadre de ses activités normales d'entretien, le ministère enlève les arbres et les branches qui sont tombés, généralement après une tempête. Aussi, le ministère procède à l'enlèvement des arbres que des employés du ministère ou des citoyens ont signalé comme étant dangereux. Il s'agit invariablement d'arbres manifestement morts dont les branches pourraient tomber sur la route.

En 1983, l'ingénieur divisionnaire, Robert Colburn, a reçu des plaintes concernant la présence d'arbres morts le long des routes de sa région. Il a conclu, à juste titre d'ailleurs, que ces arbres pourraient menacer la sécurité des usagers de la route. Or, les sommes alors affectées à l'entretien dans son budget n'étaient pas suffisantes pour que les arbres puissent être enlevés. Monsieur Colburn a confié l'inspection des routes de sa région à un contremaître, Gerald Allen, et à un technicien d'arpentage, afin de déterminer l'étendue du problème. Il leur a demandé de dénombrer les arbres morts qui constituaient un danger manifeste pour les usagers de la route.

Le contremaître n'était pas un forestier qualifié, mais il connaissait assez bien la forêt et il était en mesure de déterminer si un arbre était mort. En compagnie du technicien, il a parcouru plus de 800 kilomètres sur les routes de la région. Ils ont

were dead, marked them with survey stakes, plotted their locations in a log book and submitted their report to the divisional engineer. Among the trees that they marked was one on the Redden property located a few hundred feet from the tree which caused the accident.

On the basis of this survey the divisional engineer sent, in October 1983, a report to the regional manager identifying the trees which required removal in the interest of public safety and requested funding for this. In January or February of 1984 funding was approved for the removal of only 66 of the trees. Further funding was requested and approved in subsequent years.

II. Courts Below

Trial Court

The trial judge found the Department liable: (1991), 101 N.S.R. (2d) 333, 275 A.P.R. 333, 6 C.C.L.T. (2d) 270. He concluded that the Department was negligent in the manner in which it conducted the inspection. In his view, it should have consulted experts, adequately trained the foreman so that he might recognize a tree suffering from Artists Conk fungus and taken the appropriate steps to remove the tree.

Court of Appeal

The Court of Appeal allowed the appeal and dismissed the claim: (1992), 108 N.S.R. (2d) 254, 294 A.P.R. 254, 10 C.C.L.T. (2d) 207, 35 M.V.R. (2d) 191. The court summarized its reasons in these words (at p. 265 N.S.R.):

(1) there is no statutory duty requiring the Minister to maintain provincial highways;

dénombré plus de 200 arbres morts, ils les ont marqués à l'aide de piquets d'arpentage, ils ont consigné l'emplacement des arbres dans un carnet et ils ont remis leur rapport à l'ingénieur divisionnaire. L'un des arbres dénombrés se trouvait sur la propriété des Redden, à quelques centaines de pieds de l'arbre qui est tombé et qui a causé l'accident en question.

En octobre 1983, s'appuyant sur le rapport qui lui avait été remis, l'ingénieur divisionnaire a fait parvenir au directeur régional un rapport dans lequel il précisait quels arbres devaient être enlevés pour assurer la sécurité du public et demandait l'octroi de fonds à cette fin. En janvier ou février 1984, des crédits ont été accordés, mais pour l'enlèvement de seulement 66 des arbres en cause. Des fonds supplémentaires ont été demandés, puis obtenus au cours des années subséquentes.

II. Les juridictions inférieures

La première instance

Le juge de première instance a conclu à la responsabilité du ministère: (1991), 101 N.S.R. (2d) 333, 275 A.P.R. 333, 6 C.C.L.T. (2d) 270. Il a statué que ce dernier avait fait preuve de négligence quant à la manière dont il avait mené l'inspection. Selon lui, le ministère aurait dû consulter des experts, former adéquatement le contremaître de façon qu'il puisse déceler la présence du ganoderme des artistes et prendre les mesures qui s'imposent pour abattre l'arbre.

La Cour d'appel

La Cour d'appel a accueilli l'appel et rejeté la demande: (1992), 108 N.S.R. (2d) 254, 294 A.P.R. 254, 10 C.C.L.T. (2d) 207, 35 M.V.R. (2d) 191. Voici comment elle a résumé ses motifs (à la p. 265 N.S.R.):

[TRADUCTION]

(1) aucune disposition législative n'oblige le ministre à assurer l'entretien des routes provinciales;

(2) there is no liability imposed on an abutting owner for a nuisance on an adjoining property;

(3) there is no statutory power to enter onto lands abutting the highway to inspect or remove trees;

(4) any duty at common law to repair highways does not extend to adjoining lands;

(5) even assuming a duty to remove dangerous trees from lands abutting a highway, there was no evidence that the tree in question constituted a danger prior to the accident;

(6) the finding by the trial judge that there was a policy to inspect and remove diseased trees from adjoining lands which was the key to his decision, was not supported by the evidence.

As the evidence did not support such a conclusion with respect the decision cannot stand.

III. Analysis

The applicable parts of the reasons in *Just* are set out in the *Brown* decision but for ease of reference are repeated here:

Over the passage of time the increased government activities gave rise to incidents that would have led to tortious liability if they had occurred between private citizens. The early governmental immunity from tortious liability became intolerable. This led to the enactment of legislation which in general imposed liability on the Crown for its acts as though it were a person. However, the Crown is not a person and must be free to govern and make true policy decisions without becoming subject to tort liability as a result of those decisions. On the other hand, complete Crown immunity should not be restored by having every government decision designated as one of "policy". Thus the dilemma giving rise to the continuing judicial struggle to differentiate between "policy" and "operation". Particularly difficult decisions will arise in situations where governmental inspections may be expected.

(2) l'existence d'une nuisance sur une propriété contiguë n'engage pas la responsabilité du propriétaire du terrain attenant;

(3) la loi ne confère pas le pouvoir de s'introduire sur un bien-fonds attenant à la route pour y inspecter des arbres ou les enlever;

(4) l'obligation que prévoit la common law en matière d'entretien des routes ne vise pas les terrains contigus;

(5) en supposant même qu'il existe une obligation d'enlever un arbre dangereux qui se trouve sur un terrain attenant à une route, aucune preuve n'établissait que l'arbre en cause constituait un danger avant que ne se produise l'accident;

(6) la conclusion du juge de première instance qu'il existait une politique d'inspection et d'enlèvement des arbres malades situés sur les terrains contigus, sur laquelle se fondait principalement sa décision, ne s'appuyait sur aucune preuve;

Avec égards, la décision doit être renversée, car la preuve ne fondait nullement une telle conclusion.

III. Analyse

Certains des motifs invoqués dans l'arrêt *Just* qui s'appliquent en l'espèce sont cités dans l'arrêt *Brown*; ils sont reproduits ci-après pour plus de commodité:

Cette présence gouvernementale accrue a donné naissance à des incidents qui auraient entraîné une responsabilité civile délictuelle s'ils étaient survenus entre particuliers. L'immunité gouvernementale initiale en matière de responsabilité délictuelle était devenue intolérable. C'est pourquoi des lois ont été adoptées pour imposer de façon générale à la Couronne la responsabilité de ses actes comme si elle était une personne. Cependant, la Couronne n'est pas une personne et elle doit pouvoir être libre de gouverner et de prendre de véritables décisions de politique sans encourir pour autant une responsabilité civile délictuelle. On ne saurait, par contre, restaurer l'immunité complète de la Couronne en qualifiant de «politique» chacune de ses décisions. D'où le dilemme qui a donné lieu à l'incessante bataille judiciaire autour de la différence entre «décision de politique» et «décision opérationnelle». La distinction sera particulièrement difficile à faire dans les cas où on peut s'attendre à des inspections gouvernementales.

The dividing line between "policy" and "operation" is difficult to fix, yet it is essential that it be done.

. . .

The need for distinguishing between a governmental policy decision and its operational implementation is thus clear. True policy decisions should be exempt from tortious claims so that governments are not restricted in making decisions based upon social, political or economic factors. However, the implementation of those decisions may well be subject to claims in tort. What guidelines are there to assist courts in differentiating between policy and operation?

Mason J., speaking for himself and one other member of the Australian High Court in *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1, set out what I find to be most helpful guidelines. He wrote:

> *Anns* decided that a duty of care cannot arise in relation to acts and omissions which reflect the policy-making and discretionary elements involved in the exercise of statutory discretions. It has been said that it is for the authority to strike that balance between the claims of efficiency and thrift to which du Parcq LJ referred in *Kent v. East Suffolk Rivers Catchment Board* [1940] 1 KP 319 at 338 and that it is not for the court to substitute its decision for the authority's decision on those matters when they were committed by the legislature to the authority for decision (*Dorset Yacht Co. v. Home Office*, [1970] AC 1004 at 1031, 1067-8; *Anns*, at p. 754; *Barratt v. District of North Vancouver* (1980) 114 D.L.R. (3d) 577). Although these injunctions have compelling force in their application to policy-making decisions, their cogency is less obvious when applied to other discretionary matters. The standard of negligence applied by the courts in determining whether a duty of care has been breached cannot be applied to a policy decision, but it can be applied to operational decisions. Accordingly, it is possible that a duty of care may exist in relation to discretionary considerations which stand outside the policy category in the division between policy factors on the one hand and operational factors on the other. This classification has evolved in the judicial interpretation of the "discretionary function" exception in the United States *Federal Tort Claims Act* — see *Dalehite v. United States* (1953) 346 US 15; . . . *United States v. Varig Airlines*,

Il est difficile d'établir la ligne de démarcation entre le «politique» et l'«opérationnel», mais il est essentiel de le faire.

. . .

La nécessité d'établir une distinction entre une décision de politique gouvernementale et sa mise en œuvre opérationnelle est donc évidente. Les véritables décisions de politique devraient être à l'abri des poursuites en responsabilité délictuelle, de sorte que les gouvernements soient libres de prendre leurs décisions en fonction de facteurs sociaux, politiques ou économiques. Cependant, l'application de ces décisions peut fort bien engager la responsabilité. Sur quels principes directeurs les tribunaux peuvent-ils donc s'appuyer pour faire cette distinction entre le politique et l'opérationnel?

S'exprimant en son nom et en celui d'un autre membre de la Haute Cour de l'Australie, dans l'arrêt *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1, le juge Mason a énoncé des principes très utiles à mon avis. Les voici:

> [TRADUCTION] L'arrêt *Anns* a établi que les actes et omissions qui correspondent à des éléments de définition de politique et discrétionnaires que comporte l'exercice de pouvoirs discrétionnaires conférés par la loi ne peuvent donner naissance à une obligation de diligence. On a dit qu'il appartient à l'autorité publique d'établir cet équilibre entre les exigences d'efficacité et d'économie comme le lord juge du Parcq l'a évoqué dans l'arrêt *Kent v. East Suffolk Rivers Catchment Board*, [1940] 1 KP 319, à la p. 338, et que le tribunal ne doit pas substituer sa décision à celle de l'autorité publique dans les domaines que le législateur a confiés à cette dernière (*Dorset Yacht Co. v. Home Office*, [1970] AC 1004, aux pp. 1031, 1067 et 1068, *Anns*, à la p. 754, *Barratt c. District of North Vancouver* (1980), 114 D.L.R. (3d) 577). Bien que ces directives emportent l'adhésion en ce qui touche les prises de décisions politiques, leur force persuasive est moins évidente lorsqu'on les applique à d'autres domaines comportant des éléments discrétionnaires. La norme de négligence que les tribunaux utilisent pour déterminer s'il y a eu manquement à une obligation de diligence ne peut s'appliquer à une décision de politique, mais elle peut s'appliquer aux décisions opérationnelles. En conséquence, il est possible qu'il existe une obligation de diligence relativement à des considérations discrétionnaires n'entrant pas dans la catégorie des décisions de politique, d'après la division établie entre les facteurs politiques d'une part, et les facteurs opéra-

supra. The object of the *Federal Tort Claims Act* in displacing government immunity and subjecting the United States Government to liability in tort in the same manner and to the same extent as a private individual under like circumstances, subject to the "discretionary function" exception, is similar to that of s. 64 of the *Judiciary Act*, 1903 (Cth).

The distinction between policy and operational factors is not easy to formulate, but the dividing line between them will be observed if we recognize that a public authority is under no duty of care in relation to decisions which involve or are dictated by financial, economic, social or political factors or constraints. Thus budgetary allocations and the constraints which they entail in terms of allocation of resources cannot be made the subject of a duty of care. But it may be otherwise when the courts are called upon to apply a standard of care to action or inaction that is merely the product of administrative direction, expert or professional opinion, technical standards or general standards of reasonableness. (Emphasis added.)

The duty of care should apply to a public authority unless there is a valid basis for its exclusion. A true policy decision undertaken by a government agency constitutes such a valid basis for exclusion. What constitutes a policy decision may vary infinitely and may be made at different levels although usually at high level.

. . .

It may be convenient at this stage to summarize what I consider to be the principles applicable and the manner of proceeding in cases of this kind. As a general rule, the traditional tort law duty of care will apply to a government agency in the same way that it will apply to an individual. In determining whether a duty of care exists the first question to be resolved is whether the parties are in a relationship of sufficient proximity to warrant the imposition of such a duty. In the case of a government agency, exemption from this imposition of duty may occur as a result of an explicit statutory exemption.

tionnels d'autre part. Cette classification a évolué à la faveur de l'interprétation qu'ont donnée les tribunaux à l'exception visant l'exercice d'une fonction discrétionnaire, prévue par la *Federal Tort Claims Act* des États-Unis — voir *Dalehite v. United States* (1953), 346 US 15; (. . .) *United States v. Varig Airlines*, précité. En levant l'immunité gouvernementale et en assujettissant le gouvernement des États-Unis à la même responsabilité que celle qu'encourrait une personne physique placée dans les mêmes circonstances, sous réserve de l'exception relative aux «fonctions discrétionnaires», la *Federal Tort Claims Act* vise le même objet que l'art. 64 de la *Judiciary Act*, (1903) (Cth).

Il n'est pas facile de faire la distinction entre les facteurs politiques et opérationnels, mais on pourra tracer la ligne de démarcation si l'on admet qu'une autorité publique n'assume aucune obligation de diligence à l'égard de décisions comportant des facteurs et des contraintes d'ordre financier, économique, social ou politique, ou qui sont dictées par ces derniers. Ainsi, les allocations budgétaires et les contraintes qui en découlent en termes de répartition des ressources ne sauraient donner lieu à une obligation de diligence. Mais il peut en être autrement lorsque les tribunaux sont appelés à appliquer une norme de diligence à un acte ou à une omission qui est simplement le produit d'une directive administrative, de l'opinion d'un expert ou d'un professionnel, ou encore de normes techniques ou de la norme générale de ce qui est raisonnable. (Je souligne.)

Une autorité publique est assujettie à l'obligation de diligence à moins d'un motif valable de l'en exempter. Un motif valable d'exemption est le cas d'une véritable décision de politique prise par un organisme gouvernemental. Or ce qui constitue une décision de politique peut varier à l'infini et être prise à divers échelons, bien que ce soit normalement à un haut niveau.

. . .

Il peut être opportun ici de résumer les principes et le raisonnement applicables, à mon avis, dans les cas de ce genre. En règle générale, l'obligation traditionnelle de diligence issue du droit de la responsabilité délictuelle s'appliquera à un organisme gouvernemental de la même façon qu'à un particulier. Pour déterminer si une telle obligation existe, il faut d'abord se demander s'il y a entre les parties une proximité suffisante pour en justifier l'imposition. Un organisme gouvernemental peut être exempté de cette obligation par une disposition législative expresse. Par ailleurs, l'exemption peut

Alternatively, the exemption may arise as a result of the nature of the decision made by the government agency. That is, a government agency will be exempt from the imposition of a duty of care in situations which arise from its pure policy decisions.

In determining what constitutes such a policy decision, it should be borne in mind that such decisions are generally made by persons of a high level of authority in the agency, but may also properly be made by persons of a lower level of authority. The characterization of such a decision rests on the nature of the decision and not on the identity of the actors. As a general rule, decisions concerning budgetary allotments for departments or government agencies will be classified as policy decisions. Further, it must be recalled that a policy decision is open to challenge on the basis that it is not made in the *bona fide* exercise of discretion. If after due consideration it is found that a duty of care is owed by the government agency and no exemption by way of statute or policy decision-making is found to exist, a traditional torts analysis ensues and the issue of standard of care required of the government agency must next be considered.

(*Just*, *supra*, at pp. 1239-45.)

Let us see how the principles set out in *Just* should be applied to the facts of this case. We must first determine if there was a *prima facie* duty of care resting upon the Department of Transportation to protect travellers from injury caused by hazardous trees.

A. *Duty of Care*

There can be no doubt that a duty is owed by a province to those who use its highways. It was put in this way in *Just* (at p. 1236):

In light of that invitation to use both the facilities and the highway leading to them, it would appear that apart from some specific exemption, arising from a statutory provision or established common law principle, a duty of care was owed by the province to those that use its highways. That duty of care would extend ordinarily to reasonable maintenance of those roads. The appellant as a user of the highway was certainly in sufficient proximity to the respondent to come within the purview of that

découler de la nature de la décision prise. Ainsi, un organisme gouvernemental sera exempté de l'imposition d'une obligation de diligence dans les situations qui résultent de ses décisions de pure politique.

Pour déterminer si une décision est une décision de politique, il ne faut pas oublier que de telles décisions sont généralement prises par des personnes occupant un poste élevé au sein de l'organisme mais qu'elles peuvent aussi émaner d'un échelon inférieur. La qualification de la décision dépend de sa nature et non de l'identité des acteurs. De façon générale, les décisions concernant l'allocation de ressources budgétaires à des ministères ou organismes gouvernementaux seront rangées dans la catégorie des décisions de politique. En outre, il ne faut pas oublier qu'une décision de politique peut être contestée sur le motif qu'elle n'a pas été prise dans l'exercice réel d'un pouvoir discrétionnaire. Si, après mûre considération, on conclut que l'organisme gouvernemental a une obligation de diligence et qu'il n'en est pas exempté par la loi ou la nature politique de sa décision, il faut procéder alors à l'analyse traditionnelle de la responsabilité délictuelle, et c'est la question de la norme de diligence requise de l'organisme gouvernemental qui doit alors être examinée.

(*Just*, précité, aux pp. 1239 à 1245.)

Examinons comment les principes dégagés dans l'arrêt *Just* s'appliquent compte tenu des faits de la présente espèce. Il faut tout d'abord déterminer si le ministère des Transports avait, à première vue, une obligation de diligence en matière de protection des usagers de la route contre les dommages causés par des arbres dangereux.

A. *L'obligation de diligence*

Il ne fait aucun doute qu'une province a des obligations envers les personnes qui utilisent ses routes. Voici la façon dont on a traité de cette question dans l'arrêt *Just* (à la p. 1236):

Au regard de cette invitation à utiliser tant les installations que la route qui y conduit, il semblerait qu'à part certaines exemptions spécifiques découlant d'une disposition législative ou d'un principe établi de *common law*, la province avait une obligation de diligence envers les usagers de ces routes. Cette obligation de diligence s'étendrait ordinairement à l'entretien raisonnable des routes. En tant qu'usager de la route, l'appelant avait certainement avec l'intimée un lien de proximité suffi-

duty of care. In this case it can be said that it would be eminently reasonable for the appellant as a user of the highway to expect that it would be reasonably maintained. For the Department of Highways it would be a readily foreseeable risk that harm might befall users of a highway if it were not reasonably maintained. . . .

Even with the duty of care established, it is necessary to explore two aspects in order to determine whether liability may be imposed upon the respondent. First, the applicable legislation must be reviewed to see if it imposes any obligation upon the respondent to maintain its highways or, alternatively, if it provides an exemption from liability for failure to so maintain them. Secondly, it must be determined whether the province is exempted from liability on the grounds that the system of inspections, including their quantity and quality, constituted a "policy" decision of a government agency and was thus exempt from liability.

Sections 4 and 5 of the *Public Highways Act*, R.S.N.S. 1989, c. 371, indicate that there is a duty to maintain. They provide as follows:

4 The Minister has the supervision, management and control of the highways and of all matters relating thereto.

5 The Minister may construct or maintain any highway, or may on behalf of Her Majesty in right of the Province enter into contracts or agreements for such construction or maintenance, but nothing in this Act compels or obliges the Minister to construct or maintain any highway or to expend money on any highway.

(Formerly R.S.N.S. 1967, c. 248, ss. 3 and 4.)

That duty of care would ordinarily extend to the reasonable maintenance of those roads. The appellant, as a user of the highway, was in sufficient proximity to the Department to come within the scope of that duty of care. It would be reasonable for him to expect that the road would be reasonably maintained. For the Department, it would be a readily foreseeable risk that harm might befall users of the highway if it were not reasonably maintained.

In *Just* it was found that maintenance extended to the reasonable prevention of injury to travellers from dangerously situated rocks which could fall on the highway. Similarly, there is a duty owed to users of the highway to take reasonable steps to

sante pour être visé par l'obligation de diligence. En l'espèce, on peut affirmer qu'il serait éminemment raisonnable de la part de l'appelant à titre d'usager de la route de s'attendre à ce qu'elle soit raisonnablement entretenue . . .

L'existence d'une obligation de diligence étant établie, il est nécessaire ensuite d'examiner deux questions pour décider si l'intimée peut être tenue responsable. En premier lieu, il faut examiner la législation applicable pour voir si elle impose à l'intimée une obligation d'entretenir ses routes ou si, subsidiairement, elle crée une exonération de responsabilité en cas de défaut d'entretien. En second lieu, il faut se demander si la province est exonérée de toute responsabilité au motif que le système des inspections, notamment leur fréquence et leur qualité, constitue une décision de «politique» émanant d'un organisme gouvernemental.

Les articles 4 et 5 de la *Public Highways Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 371, indiquent qu'il existe une obligation d'entretien. Ils disposent:

[TRADUCTION] **4** Le ministre est responsable de la supervision, de la gestion et du contrôle des routes et de toutes les questions qui s'y rapportent.

5 Le ministre peut construire des routes ou les entretenir, ou conclure des contrats ou des ententes à ces fins au nom de Sa Majesté du chef de la province, mais la présente loi n'a pas pour effet d'obliger le ministre à construire ou à entretenir des routes ni à engager des fonds à l'égard d'une route.

(Auparavant R.S.N.S. 1967, ch. 248, art. 3 et 4.)

Cette obligation de diligence englobe habituellement l'entretien raisonnable des routes. L'appelant, en qualité d'usager de la route, avait un lien suffisamment étroit avec le ministère pour être créancier de cette obligation de diligence. Il pouvait légitimement s'attendre à ce que la route soit raisonnablement entretenue. Le ministère pouvait facilement prévoir le risque qu'un défaut d'entretien de la route pourrait faire courir aux usagers.

Dans l'arrêt *Just*, la Cour a statué que l'entretien comprenait la prévention raisonnable des dommages que pouvaient subir les usagers advenant que des rochers dangereusement situés s'écroulent sur la route. De même, il existe une obligation,

prevent accidents which can ensue from trees that constitute a hazard falling on the highway. There can be no reasonable distinction drawn between dangerously situated rocks which fall on a highway and obviously dead or hazardous trees which fall on the highway. There was then a duty of care resting upon the Department of Transportation to protect travellers from injury caused by trees that were hazardous. It must next be determined whether there is a statutory exemption or a policy decision which would relieve the respondent from the imposition of this duty.

B. *Exemptions or Restrictions on the Department's Liability*

(1) Statutory Exemptions

The respondent, like the Court of Appeal, relies on the same s. 5 of the *Public Highways Act* as the basis for exempting the Department from liability for maintenance, more specifically on the following words:

> . . . but nothing in this Act compels or obliges the Minister to construct or maintain any highway or to expend money on any highway.

It is true that there is no similar provision in the British Columbia highways legislation considered in *Just*. However, in my view, the wording of the section is not explicit enough to constitute a statutory exemption from the duty of care, so as to exempt the respondent from liability in tort. I would agree that the presence of a discretion such as that provided in s. 5 might in some circumstances support an argument that there is no statutory duty to maintain. However in my view, the absence of a provision providing a specific statutory obligation to maintain is not sufficient to exempt the Crown from the general common law duty of care owed to users of the highway. The duty to maintain arises out of the relationship that exists between the Department of Transportation and the users of the highways. If the Department is to be exempted from liability for negligent conduct

envers les usagers, de prendre des mesures raisonnables afin de prévenir les accidents que pourraient causer les arbres qui menacent de s'abattre sur la route. Aucune distinction raisonnable ne peut être établie entre les rochers dangereusement situés qui s'écroulent sur la route et les arbres manifestement morts ou dangereux qui tombent sur la route. Le ministère des Transports avait donc une obligation de diligence en ce qui concerne la protection des usagers contre les dommages que pouvaient causer les arbres dangereux. Il convient dès lors de déterminer s'il existe une exemption prévue par la loi ou une décision de politique générale qui a pour effet de dégager l'intimé de l'imposition de cette obligation.

B. *Les exemptions ou restrictions à la responsabilité du ministère*

(1) Les exemptions prévues par la loi

À l'instar de la Cour d'appel, l'intimé invoque le même art. 5 de la *Public Highways Act* à l'appui de sa prétention voulant que le ministère soit exempté de l'obligation d'entretien, et, plus particulièrement l'extrait suivant:

> [TRADUCTION] . . . mais la présente loi n'a pas pour effet d'obliger le ministre à construire ou à entretenir des routes ni à engager des fonds à l'égard d'une route.

Il est vrai que la loi de la Colombie-Britannique relative aux routes, examinée dans *Just*, ne renferme aucune disposition équivalente. J'estime cependant que le libellé de l'article n'est pas suffisamment explicite pour constituer une exemption de l'obligation de diligence et ainsi exonérer l'intimé de toute responsabilité délictuelle. Je suis plutôt d'avis que l'attribution d'un pouvoir discrétionnaire comme celui prévu à l'art. 5 pourrait, dans certaines circonstances, permettre de conclure à l'absence d'une obligation d'entretien imposée par la loi. Cependant, à mon avis, le fait qu'aucune disposition ne prévoit expressément une obligation d'entretien n'est pas suffisant pour exempter l'État de l'obligation générale de diligence que prévoit la common law au bénéfice des usagers de la route. L'obligation d'entretien découle de la relation établie entre le ministère des Transports et ces usa-

in the course of its duty to maintain the highway, the wording of the statutory exemption should be clear and precise. Section 5 does not, in my view, exempt the Department of Transportation from liability arising from negligent conduct in highway maintenance.

The remarks to be found in the 8th edition of J. G. Fleming, *The Law of Torts* (1992), are apposite. The author observes at p. 155 that prior to *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), public authorities "were excused because their statutory *power* did not create a legal *duty* to come to the plaintiff's assistance" (emphasis in original). This concept was successfully challenged in *Anns* for although "the defendant was under no public duty, . . . the statutory power conferred on it for the health and safety of the public engendered a private duty, once having decided to exercise that power, to carry it out with due care". The reasoning in the *Anns* decision has been approved and applied by the Court. See, for example, *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2. It follows that although the *Public Highways Act* does not impose a specific legal duty to exercise the statutory power conferred on the province to build highways, once it is exercised, a duty is created to maintain those highways with due care when they are constructed.

Next it was argued that the differences in the legislation in Nova Scotia and British Columbia which permit actions against the Crown were such that Crown liability could not be found in this case. It was stressed that s. 5(1)(a) of the *Proceedings against the Crown Act*, R.S.N.S. 1989, c. 360 (formerly R.S.N.S. 1967, c. 239, s. 4(1)(a)), provides that the province is only liable for a tort committed by its officers or agents, if that tortious

gers. Pour que le ministère bénéficie d'une exonération de responsabilité en cas de négligence dans l'exécution de son obligation d'assurer l'entretien de la route, le libellé de la disposition législative portant exemption doit être clair et non équivoque. Selon moi, l'art. 5 n'a pas pour effet d'exonérer le ministère des Transports de la responsabilité qui découle d'une négligence dans l'entretien de la route.

Les observations formulées par J. G. Fleming dans la huitième édition de son ouvrage intitulé *The Law of Torts* (1992) sont à propos. L'auteur fait remarquer (à la p. 155) que, avant *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), les autorités publiques [TRADUCTION] «étaient exonérées parce que le *pouvoir* que leur conférait la loi n'emportait pas *l'obligation* légale de venir en aide au demandeur» (en italique dans l'original). Cette interprétation a été contestée avec succès dans l'affaire *Anns* parce que même si [TRADUCTION] «la partie défenderesse n'avait aucune obligation en droit public, [. . .] le pouvoir que lui conférait la loi aux fins de la santé et de la sécurité du public, dès le moment où elle décidait de l'exercer, donnait naissance, en droit privé, à une obligation de faire preuve de diligence». La Cour a approuvé et appliqué le raisonnement sous-jacent à l'arrêt *Anns*. Se reporter, à titre d'exemple, à *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2. Par conséquent, même si la *Public Highways Act* ne crée pas expressément une obligation légale d'exercer le pouvoir que la loi confère à la province en matière de construction routière, une fois que celle-ci exerce ce pouvoir, elle a l'obligation d'entretenir avec diligence le réseau routier qui est établi.

On a ensuite fait valoir que les différences entre les dispositions pertinentes de la Nouvelle-Écosse et celles de la Colombie-Britannique, au chapitre des poursuites contre les organismes publics, étaient telles que la responsabilité de la province ne pouvait être établie en l'espèce. On a prétendu que l'al. 5(1)a) de la *Proceedings against the Crown Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 360 (auparavant R.S.N.S. 1967, ch. 239, al. 4(1)a)), prévoit que la

act of the servant or agent would, in itself, have given rise to a cause of action. This, it was said, should be contrasted with the *Crown Proceeding Act* of British Columbia, R.S.B.C. 1979, c. 86, s. 2(c), which provides that the Crown is subject to all those liabilities to which it would be liable if it were a person. It was observed that it is only the legislation of Quebec and British Columbia which provides that the Crown is liable to the same extent as a person of full age and capacity.

province n'engage sa responsabilité à l'égard des délits civils imputables à ses préposés ou mandataires que lorsque les actes en question confèrent en eux-mêmes une cause d'action. Ainsi, cette disposition se distinguerait de l'al. 2c) de la *Crown Proceeding Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 86, qui prévoit que la province engage sa responsabilité au même titre qu'une personne. Il a été signalé que seules les dispositions applicables du Québec et de la Colombie-Britannique prévoient que la province engage sa responsabilité au même titre qu'une personne majeure qui jouit de la capacité juridique.

I cannot accept this argument. Obviously the Crown can only be liable as a result of the tortious acts committed by its servants or agents since it can only act through its servants or agents. Let us assume, for the purposes of resolving this issue, that the actions complained of by the appellant were indeed negligent. That is to say the failure of the Crown to rely on trained personnel to inspect the trees and the failure of those persons or this personnel to identify the tree in question as a hazard constituted negligence. Yet those very actions or failure to act were those of the Crown's servants undertaken in the course of the performance of their work. If those were indeed acts of negligence then the Crown would be liable. The arguments of the Crown are regressive and to accept them would severely restrict the ability of injured persons to claim against the Crown. I would add that the United Kingdom's *Crown Proceedings Act, 1947* which was before the court in *Anns*, *supra*, is similar to the Nova Scotia statute.

Je ne puis accepter cet argument. De toute évidence, la province ne peut être tenue responsable que des actes délictuels commis par ses préposés ou ses mandataires étant donné qu'elle ne peut agir que par l'entremise de ceux-ci. Supposons, aux fins de résoudre la question, que les actes reprochés aient été effectivement empreints de négligence, c'est-à-dire que l'omission de la province de confier l'inspection des arbres à des employés compétents et celle de ses employés de constater que l'arbre en question était dangereux constituaient des actes de négligence. Pourtant, ces actions ou ces omissions étaient bel et bien le fait de préposés de la province agissant dans l'exercice de leurs fonctions, et si elles constituaient des actes de négligence, alors la province pourrait être tenue responsable. Les arguments invoqués par la province sont régressifs, et leur acceptation diminuerait considérablement les chances d'une victime d'avoir gain de cause contre une province. J'ajouterais que la *Crown Proceedings Act, 1947* du Royaume-Uni dont la cour était saisie dans l'arrêt *Anns*, précité, s'apparente à la loi de la Nouvelle-Écosse.

If the Crown wishes to exempt itself from tortious liability in the construction and maintenance of highways it is a simple matter to legislate to that effect, and to leave the propriety of that legislative action for the voters' consideration. In the absence

Si elle souhaite s'exonérer de toute responsabilité délictuelle en ce qui concerne la construction et l'entretien des routes, la province n'a qu'à légiférer à cet effet, l'opportunité d'une telle mesure étant laissée à l'appréciation de l'électorat. À défaut

of a clear statutory exemption, the common law duty to maintain the highways must prevail.

(2) The Lack of Statutory Power to Enter onto Lands Abutting the Highway to Inspect or to Remove Trees

The respondent relies on the conclusion of the Court of Appeal that the Department had no authority to enter on lands adjoining the highway to remedy a dangerous situation. Once again, I cannot accept this argument. The presence, adjacent to the highway, of an obvious danger to the users of that highway would justify the respondent entering on the property to remedy the situation.

It is rather bizarre to think that the Department of Transportation could leave a very old, very large dead tree leaning precariously over the highway without taking steps to remedy the situation, simply because it was located just outside the highway right-of-way. The tree would constitute a continuing danger to all that use the highway. Its removal would be essential for the safety of all who travelled the road.

Section 4 of the *Public Highways Act* provides that "[t]he Minister has the supervision, management and control of the highways and of all matters relating thereto" (emphasis added). A large dead tree located three feet beyond the highway right-of-way leaning menacingly over the highway must surely constitute a "matter relating" to the highway. That would, in itself, provide an adequate statutory basis to enable the Department to enter on the adjacent land to remedy the dangerous situation. As well, it may be that the provisions of the *Expropriation Act*, R.S.N.S. 1989, c. 156 (formerly S.N.S. 1973, c. 7), particularly s. 70(f) and s. 71, would provide the requisite statutory authority needed to remedy the dangerous situation.

I am in complete agreement with the statement of principle put forward by McGehee C.J. of the

d'une exemption non équivoque dans la loi, l'obligation d'entretenir les routes prévue par la common law s'applique.

(2) L'absence d'autorisation accordée par la loi de s'introduire sur un bien-fonds attenant pour y inspecter des arbres ou les enlever

L'intimé se fonde sur la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle le ministère n'avait pas le pouvoir de s'introduire sur les terrains attenants à la route pour remédier à la situation périlleuse. Je ne puis accepter non plus cet argument. L'existence, sur un terrain contigu, d'un danger manifeste pour les usagers de la route autorisait l'intimé à pénétrer sur la propriété et à remédier à la situation.

Il serait assez incongru que le ministère des Transports laisse un arbre mort de très grande taille pencher dangereusement au-dessus de la route, sans prendre de mesures à cet égard, pour le seul motif que l'arbre se trouve juste à l'extérieur de l'emprise de la route. L'arbre représenterait un danger permanent pour tous les usagers de la route, et son enlèvement serait essentiel à leur sécurité.

L'article 4 de la *Public Highways Act* prévoit que [TRADUCTION] «[l]e ministre est responsable de la supervision, de la gestion et du contrôle des routes et de toutes les questions qui s'y rapportent» (je souligne). Un grand arbre mort se trouvant à trois pieds de la limite de l'emprise de la route et s'inclinant dangereusement au-dessus de la route constitue certainement une «question qui [se] rapporte» à la route. Ce problème confère en soi au ministère le pouvoir nécessaire conféré par la loi pour s'introduire sur le terrain contigu afin de remédier à la situation. En outre, il est possible que les dispositions de l'*Expropriation Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 156 (auparavant S.N.S. 1973, ch. 7), en particulier l'al. 70f) et l'art. 71, confèrent le pouvoir requis pour remédier à la situation périlleuse.

Je suis parfaitement d'accord avec la déclaration de principe du juge en chef McGehee de la Cour

Supreme Court of Mississippi in *Barron v. City of Natchez*, 90 So.2d 673 (1956), at pp. 676-77, where he quoted with approval from *Inabinett v. State Highway Department*, 12 S.E.2d 848 (1941), at p. 851:

> It is settled that the tree which caused the injury was growing just off the highway, on the land of Miss Gonzales, within two inches of the line of her land. The question arose and was discussed whether the highway agents or employees could enter the land of Miss Gonzales and remove the tree. We think it is held by most of the courts that such action is not a trespass, but falls within the scope of the duty of the Highway Department to keep the road safe for those who are lawfully upon it.
>
> . . .
>
> It is not to be understood that the highway officials may at their own free will enter upon the lands of others and cut trees, even for use on the highway, but we do say that if they know, or in the exercise of ordinary care in their duty of keeping the highway safe for public use should know, that a tree is dangerous to the safety of the public in its use of the highway, it is its duty to enter upon the land and remove the danger. [Emphasis added.]

McGehee C.J. held that a municipality is obliged to maintain its highways in a reasonably safe condition for travel, not only with regard to obstructions and defects in the travelled portion of a highway, but also with regard to the conditions adjacent to and above the highway which might reasonably be anticipated to result in injury and damage to travellers.

Similarly, Judge Greenberg of the New York Court of Claims, in the case of *Brown v. State*, 58 N.Y.S.2d 691 (1945), reached the same conclusion as to the duty resting on the state to maintain its highways in a safe condition for travel. I am in agreement with the reasoning in both these cases.

suprême du Mississippi dans *Barron c. City of Natchez*, 90 So.2d 673 (1956), aux pp. 676 et 677, dans laquelle il cite en l'approuvant l'extrait suivant du jugement rendu dans *Inabinett c. State Highway Department*, 12 S.E.2d 848 (1941), à la p. 851:

> [TRADUCTION] Il est établi que l'arbre qui a causé les dommages se trouvait juste à côté de la route, sur le terrain de Mme Gonzales, deux pouces à l'intérieur des limites de son bien-fonds. La question de savoir si les mandataires ou les employés de la Voirie pouvaient s'introduire sur le terrain de Mme Gonzales et y enlever l'arbre a été soulevée et discutée. Nous estimons que, selon la plupart des tribunaux, une telle mesure ne constitue pas une intrusion, mais découle de l'obligation du ministère de la Voirie d'assurer la sécurité des personnes qui circulent légitimement sur la route.
>
> . . .
>
> Il ne s'ensuit pas que les employés de la Voirie ont librement accès aux terrains des tiers pour y abattre des arbres, même pour l'utilisation de la route. Toutefois, lorsqu'ils savent ou que, dans l'exécution normalement diligente de leur obligation d'assurer la sécurité des usagers de la route, ils devraient savoir, qu'un arbre menace la sécurité des personnes qui circulent sur la route, il leur incombe de s'introduire sur le terrain et de supprimer le danger. [Je souligne.]

Le juge en chef McGehee a statué qu'une municipalité était tenue de faire en sorte que le public puisse circuler en relative sécurité sur ses routes, non seulement pour ce qui concerne les obstacles sur la chaussée et les défectuosités de celle-ci, mais également en ce qui a trait aux conditions adjacentes à la route et au-dessus de celle-ci qui pourraient, selon toute prévision raisonnable, infliger un préjudice corporel ou matériel aux usagers.

Dans la même veine, le juge Greenberg de la Court of Claims de New York, dans l'affaire *Brown c. State*, 58 N.Y.S.2d 691 (1945), est arrivé à la même conclusion quant à l'obligation de l'État d'assurer la sécurité des usagers de la route. Je suis en accord avec le raisonnement suivi dans les deux jugements.

It seems eminently reasonable to conclude that there is a power to remove trees that are an obvious danger to users of the highway. This is an integral part of the duty to maintain the highways.

(3) Was the Decision of the Department of Transportation Pertaining to Dead Trees One of Policy or Were its Actions in Undertaking the Survey Operational in Nature?

The trial judge, in his reasons, reviewed the Department's decision to conduct a survey with the object of ascertaining whether it constituted a policy decision which would exempt the respondent from the duty to remove the tree which caused the accident. This is not the correct approach. The enquiry should not be aimed at determining whether a policy decision has been made which specifically exempts a governmental authority from tort liability. Rather, it should be directed at determining what decisions constituted policy and were thus exempt from tort liability and what decisions or actions were operational and thus could, if negligent, attract liability.

In this case, the survey was undertaken in order to identify dead trees and those trees which represented obvious dangers to travellers on the highway. There was no general policy in effect to inspect trees. This is what distinguishes this case from *Just*, where there was a general policy to inspect potentially dangerous rocks and to take steps to eliminate them. Here the policy was limited. Its purpose was to identify obviously dead and dangerous trees in order to apply for funds to remove them. This flows from the uncontradicted evidence of the divisional engineer, the superintendent and the surveyor. The removal of trees involved the expenditure of funds which would have to be derived from funds allocated for other highway maintenance projects. The survey is an example of a preliminary step in what will eventu-

Il semble éminemment raisonnable de conclure qu'il existe un pouvoir d'enlever les arbres qui constituent un danger manifeste pour les usagers de la route, et ce pouvoir découle directement de l'obligation d'entretenir les routes.

(3) La décision du ministère des Transports concernant les arbres morts était-elle une décision de politique générale ou les mesures prises dans le cadre de l'inspection étaient-elles de nature opérationnelle?

Dans ses motifs, le juge de première instance a examiné la décision du ministère de procéder à une inspection et ce, dans le but de déterminer s'il s'agissait d'une décision de politique générale, de telle sorte que l'intimé aurait été exempté de l'obligation d'enlever l'arbre qui a causé l'accident. Ce n'est pas la bonne démarche à suivre. Il ne s'agit pas de déterminer si l'existence d'une décision de politique générale a pour effet d'exonérer expressément les autorités publiques en cause de toute responsabilité délictuelle. Il faut plutôt établir quelles décisions étaient des décisions de politique générale et, de ce fait, exonéraient de toute responsabilité délictuelle, et quelles décisions ou mesures étaient de nature opérationnelle et pouvaient, en cas de négligence, engager la responsabilité.

Dans la présente affaire, l'inspection a été entreprise afin de repérer les arbres morts et ceux qui constituaient un danger manifeste pour les usagers de la route. Il n'existait pas de politique générale d'inspection des arbres. C'est ce qui différencie la présente espèce de l'affaire *Just*, dans laquelle s'appliquait une politique générale d'inspection et d'enlèvement des rochers potentiellement dangereux. En l'espèce, la politique était d'application restreinte. Elle visait à déterminer l'emplacement des arbres manifestement morts et dangereux en vue de présenter une demande de fonds pour leur enlèvement. C'est ce qui ressort des témoignages non contredits de l'ingénieur divisionnaire, du surintendant et de l'arpenteur. L'abattage des arbres nécessitait l'engagement de fonds à être prélevés sur le budget initialement affecté à d'autres activités d'entretien des routes. L'inspection figure au nombre des mesures préalables à la prise d'une

ally become a policy decision involving the expenditure and allocation of funds.

That this was in fact a policy decision can be seen from the trial judge's reasons. He considered factors such as past practice, budget, cost, the possibility of closing the road, the nature of the inspection team and concluded that there was "the will, the plan and the money to remove trees which were an immediate hazard" (p. 346 N.S.R.). The trial judge expressed the view that money could be found or that the needed inspection could be made at little cost. These are all questions of expenditure and allocation of funds and they provide clear indications that this was a policy decision. Moreover, the fact that budgetary considerations are questions of policy is not changed by the fact that the cost of the measures sought may be small. The trial judge was in effect substituting his policy decision for that of the Department of Transportation. This was inappropriate and constitutes an error in law.

It is significant that Mr. Colburn, the divisional engineer, testified that if he had decided to use the money from his general budget to cut the identified trees, he would have had to make cuts in other maintenance activities which could equally adversely affect the security of users of the highway. He was, in fact, setting priorities for the allocation of the available funds. It is also significant that the requested funding for the removal of the 234 identified trees was only partially allowed, and that over a three-year span. The evidence demonstrates this to be a classic example of a policy decision.

The decision to inspect and identify dead trees was taken as a preliminary step in the policy making process. There is no suggestion that this was not a *bona fide* decision or that it was so irrational as to constitute an improper exercise of governmental discretion. Policy decisions of government must be immune from the application of private

décision de politique générale qui implique l'engagement et l'affectation de fonds.

Le fait qu'il s'agissait en réalité d'une décision de politique générale ressort des motifs du juge de première instance. Celui-ci a pris en considération des facteurs comme les pratiques antérieures, le budget, le coût, la possibilité de fermer la route et la composition de l'équipe d'inspection, puis il a conclu qu'il y avait [TRADUCTION] «une volonté, un plan et des ressources financières en ce qui concerne l'enlèvement des arbres qui constituaient un danger immédiat» (p. 346 N.S.R.). Le juge de première instance s'est dit d'avis qu'il était possible de trouver des fonds ou d'effectuer l'inspection requise à un coût peu élevé. Toutes ces questions touchent l'engagement et l'affectation de ressources financières, et elles montrent clairement qu'il s'agissait d'une décision de politique générale. En outre, le coût minime des mesures ne change pas le fait que les considérations budgétaires sont des questions de politique générale. En fait, le juge de première instance a substitué sa décision de politique générale à celle du ministère des Transports. Une telle démarche était inopportune et constitue une erreur de droit.

Il est significatif que l'ingénieur divisionnaire, M. Colburn, ait déposé que, s'il avait décidé de prélever des fonds sur son budget général pour procéder à l'abattage des arbres marqués, il aurait dû sabrer dans d'autres activités d'entretien, ce qui aurait pu également compromettre la sécurité des usagers de la route. De fait, il établissait des priorités aux fins de l'affectation des fonds dont il disposait. Il convient aussi de signaler que la demande d'attribution de ressources financières pour l'enlèvement des 234 arbres marqués n'a été accueillie qu'en partie et ce, sur une période de trois ans. La preuve révèle qu'il s'agit d'un cas typique de décision de politique générale.

La décision d'inspecter les arbres et de marquer ceux qui étaient morts constituait une mesure préalable au processus décisionnel. Nul ne prétend que la décision n'a pas été prise de bonne foi ou qu'elle était déraisonnable au point de constituer un exercice inadéquat du pouvoir discrétionnaire de l'État. Les décisions de politique générale de l'État doi-

law standards of tort liability. It now must be considered whether there were any acts of negligence committed in the course of carrying out the policy decision.

C. *Was the Department Negligent in the Operational Aspect of Carrying Out the Policy Decision?*

I cannot find any negligence on the part of the Department of Transportation in carrying out the survey. The Regional Department in which the accident occurred was responsible for the maintenance of some 800 kilometres of roads. It acted with prudence and foresight in conducting a survey of those trees that were dead or posed a clear danger to highway travellers. There is no suggestion that every elm tree should have been suspect. In the circumstances that presented themselves, there was no need to retain the services of an expert or to require the survey foreman to undergo special training. Such might have been the counsel of perfection, but measured against the perceived risks, budgetary constraints and the need to complete the survey expeditiously in order to present a request for funds, it was simply not required.

Certainly there was no perceived danger that would require the Department to undertake a close inspection for small, often hidden wounds in the trees and, if discovered, to drill those trees and test the drill cores. The tree that fell was in full foliage and gave every indication of good health during the summer before the accident. It was not an apparent source of concern. The survey was conducted quickly and identified over 200 dead trees that could constitute a danger. There was no negligence that could be attributed to the employees of the Department in the manner or method of conducting the survey. That is to say there was no negligence demonstrated in the operational aspect of carrying out the policy decision.

vent échapper à l'application des critères du droit privé en matière de responsabilité délictuelle. Il faut maintenant déterminer si des actes de négligence ont été commis dans l'application de la décision de politique générale.

C. *Le ministère a-t-il fait preuve de négligence en ce qui concerne les aspects opérationnels de l'application de sa décision de politique générale?*

Je ne peux conclure que le ministère des Transports a fait preuve de négligence lorsqu'il a procédé à l'inspection des arbres. Le bureau régional du ministère, sur le territoire duquel l'accident s'est produit, avait la responsabilité d'un réseau routier de quelque 800 kilomètres. Il a agi avec prudence et prévoyance en procédant à l'inspection des arbres qui étaient morts ou qui constituaient un danger manifeste pour les usagers de la route. Rien ne permet de conclure que tous les ormes auraient dû être considérés comme suspects. Vu les circonstances, il n'était pas nécessaire de retenir les services d'un expert ou d'exiger que le contremaître de l'équipe d'inspection reçoive une formation spéciale. Telle aurait été la solution idéale mais, compte tenu des risques appréhendés, des restrictions budgétaires et de la nécessité de procéder rapidement à l'inspection afin de présenter une demande de ressources financières, ces mesures n'étaient tout simplement pas requises.

De toute évidence, le ministère n'appréhendait aucun danger qui l'aurait incité à examiner attentivement les arbres à la recherche de petits ulcères, souvent cachés, et, si la présence de ceux-ci était constatée, à prélever un échantillon, puis à l'analyser. L'été avant l'accident, l'arbre qui s'est effondré avait un feuillage touffu et il donnait tous les signes d'une bonne santé. Il ne semblait justifier aucune inquiétude. L'inspection s'est déroulée rapidement et elle a permis de repérer plus de 200 arbres morts qui constituaient un danger. On ne saurait imputer quelque négligence aux employés du ministère quant à la manière dont ils ont procédé à l'inspection ni quant à la méthode qu'ils ont utilisée. Il n'y a donc pas eu de négligence, du point de vue opérationnel, dans l'application de la décision de politique générale.

In passing, I would again observe that the common law duty of maintaining the highways would require the Department to remove trees which constituted an apparent danger to travellers of the road. A dead tree or a tree leaning over the road at an acute and threatening angle would constitute a danger. That danger would be just as demanding of attention from the Department as would a hole which was deteriorating to the extent that it could lead a driver to lose control. Failure to fill the hole or remove the obviously dangerous tree could equally, in the circumstances of a particular case, constitute negligence attributable to the Department. This is not the situation presented in this case. Here, it was a tree in apparent good health that collapsed due to the ravages of a disease that could not be perceived in the course of a careful layman's inspection.

IV. Disposition

I must respectfully disagree with the first four conclusions of the Court of Appeal. However, for the reasons set out above, I am in agreement with its conclusion that the action be dismissed. The appeal to this Court must thus be dismissed. Both parties were correct on some issues and as a result there should be no order as to costs.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Kimball & Associates, Wolfville, Nova Scotia.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Halifax.

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

Je tiens à faire remarquer, en passant, que l'obligation d'assurer l'entretien des routes, prévue en common law, exige du ministère qu'il enlève les arbres qui constituent un danger apparent pour la sécurité des usagers de la route. Un arbre mort ou un arbre dont l'angle d'inclinaison au-dessus de la route est aigu ou critique constitue un danger. Une telle menace justifie l'intervention du ministère au même titre qu'un trou dans la chaussée dont la détérioration pourrait faire perdre le contrôle à un automobiliste. L'omission de remblayer un trou ou d'enlever un arbre manifestement dangereux constituerait également, dans les circonstances d'un cas donné, une négligence imputable au ministère. Or, tel n'est pas le cas en l'espèce. Il s'agit, en l'occurrence, d'un arbre qui semblait en bonne santé et dont la chute est attribuable aux ravages d'une maladie dont l'existence ne pouvait être décelée par l'examen attentif d'un non-expert.

IV. Dispositif

Avec égards, je suis en désaccord avec les quatre premières conclusions de la Cour d'appel. Toutefois, pour les motifs qui précèdent, je suis d'accord avec sa conclusion que l'action soit rejetée. Le pourvoi devant notre Cour doit donc être rejeté. Vu que chacune des deux parties avait raison relativement à certaines questions, je suis d'avis de ne rendre aucune ordonnance quant aux dépens.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Kimball & Associates, Wolfville, Nouvelle-Écosse.

Procureur de l'intimé: Le ministère de la Justice, Halifax.

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

MAIL ➤ POSTE
Canada Post Corporation / Société canadienne des postes
Postage paid Port payé
Lettermail Poste-lettre
8801320
OTTAWA

If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9

Available from Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente : Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 4, 1994 Vol. 1

4e cahier, 1994 Vol. 1

Cited as [1994] 1 S.C.R. 469-699

Renvoi [1994] 1 R.C.S. 469-699

Published pursuant to the Supreme Court Act by

ANNE ROLAND, LL.L.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

Editors
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Canadian Government Publishing Centre, Canada Communication Group, Ottawa, Canada, K1A 0S9, together with the old address.

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1994.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND, LL.L.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

Arrêtistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Groupe communication Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1994.

CONTENTS

Bank of Nova Scotia *v.* Dunphy Leasing Enterprises Ltd. **552**

Interest — Calculation of interest rate — Non-mortgage loans — Lender prescribing interest at stated annual rate but calculating, collecting or compounding interest rate on more frequent basis — Whether Court of Appeal erred in finding nominal annual interest rate applicable and s. 4 of Interest Act not applicable — Interest Act, R.S.C., 1985, c. I-15, s. 4.

Contracts — Non-mortgage loans — Calculation of interest rate — Interpretation of contract.

Galaske *v.* O'Donnell **670**

Torts — Negligence — Motor vehicles — Seat belts — Duty of care — Eight-year-old child injured in motor vehicle accident — Child not wearing seat belt at time of accident — Whether general duty of care owed by driver of vehicle to passengers includes duty to take reasonable steps to ensure that

Continued on next page

SOMMAIRE

Banque de Nouvelle-Écosse *c.* Dunphy Leasing Enterprises Ltd. **552**

Intérêts — Calcul du taux d'intérêt — Prêts non hypothécaires — Taux d'intérêt annuel prescrit par le prêteur, mais calculé, perçu ou composé sur une base plus fréquente — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que le taux d'intérêt annuel nominal s'appliquait et que l'art. 4 de la Loi sur l'intérêt ne s'appliquait pas — Loi sur l'intérêt, L.R.C. (1985), ch. I-15, art. 4.

Contrats — Prêts non hypothécaires — Calcul du taux d'intérêt — Interprétation de contrat.

Galaske *c.* O'Donnell **670**

Responsabilité délictuelle — Négligence — Véhicules automobiles — Ceintures de sécurité — Obligation de diligence — Enfant de huit ans blessé dans un accident de la circulation — L'enfant ne portait pas de ceinture de sécurité au moment de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

passenger under 16 years of age wears seat belt — If so, whether duty negated by presence of parent of child.

R. v. Burns **656**

Criminal law — Powers of court of appeal — Accused convicted of sexual offences on basis of complainant's testimony — Convictions overturned on appeal — Whether Court of Appeal exceeded proper limits of appellate review — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

Criminal law — Sexual offences — Evidence — Credibility of witnesses — Expert evidence — Trial judge convicting accused on basis of complainant's testimony — Convictions overturned on appeal — Whether Court of Appeal erred in setting aside trial judge's conclusions on credibility — Whether Court of Appeal erred in concluding that trial judge did not err in decisions on admissibility or use of evidence.

R. v. Durette **469**

Criminal law — Interception of private communications — Opening of sealed packet — Editing of affidavits — Whether reviewing judge erred in his editing procedure and in determining what to edit — Whether accused's right to make full answer and defence denied.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to make full answer and defence — Interception of private communications — Opening of sealed packet — Editing of affidavits — Whether reviewing judge's editing of affidavits deprived accused of right to make full answer and defence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d).

R. v. P. (M.B.) **555**

Criminal law — Sexual offences — Time of offence — Reopening of Crown's case — Complainant and her mother testifying that alleged assaults occurred in 1982 — Crown closing its case — Defence announcing intention to call alibi witness — Crown recalling complainant's mother to establish that alleged assaults occurred in 1983 — Whether trial judge erred in permitting Crown to reopen case — Whether trial judge erred in permitting Crown to amend indictment.

R. v. Power **601**

Courts — Residual discretion of appellate court on appeal from acquittal where error at trial reasonably capable of affecting the verdict — Criminal Code providing for upholding the acquittal or ordering new trial — Charge of impaired driving causing death and injury — Proof of impaired driving required to found charge — Crown declining to call further evidence when breathalyzer evidence found inadmissible for alleged Charter violation — Accused acquitted — Evidence found to be wrongly excluded on appeal — Court of Appeal upholding acquittal and refusing to order new trial — Whether, on a trial by judge and jury, s. 686(4) of the Criminal Code (dealing with

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l'accident — L'obligation générale de diligence qu'a le conducteur d'un véhicule envers les passagers comprend-elle l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer qu'un passager de moins de 16 ans porte la ceinture de sécurité? — Dans l'affirmative, est-il libéré de cette obligation par la présence de l'un des parents de l'enfant?

R. c. Burns **656**

Droit criminel — Pouvoirs d'une cour d'appel — Accusé déclaré coupable d'infractions d'ordre sexuel sur la foi du témoignage de la plaignante — Déclarations de culpabilité écartées en appel — La Cour d'appel a-t-elle excédé les limites d'une révision en appel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a)(i).

Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Preuve — Crédibilité de témoins — Témoignage d'expert — Juge du procès déclarant l'accusé coupable sur la foi du témoignage de la plaignante — Déclarations de culpabilité écartées en appel — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en annulant les conclusions du juge du procès sur la crédibilité? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en statuant sur l'admissibilité ou sur l'utilisation d'éléments de preuve?

R. c. Durette **469**

Droit criminel — Interception de communications privées — Ouverture d'un paquet scellé — Révision d'affidavits — Le juge siégeant en révision a-t-il commis une erreur dans son processus de révision et en déterminant ce qui devait être révisé? — Le droit des accusés de présenter une défense pleine et entière a-t-il été violé?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de présenter une défense pleine et entière — Interception de communications privées — Ouverture d'un paquet scellé — Révision d'affidavits — La révision des affidavits par le juge siégeant en révision a-t-elle privé les accusés de leur droit de présenter une défense pleine et entière? — Charte canadienne des droits et liberté, art. 7, 11d).

R. c. P. (M.B.) **555**

Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Moment de l'infraction — Réouverture de la preuve du ministère public — Plaignante et sa mère témoignant que les agressions se seraient produites en 1982 — Fin de la preuve du ministère public — Défense annonçant son intention de citer un témoin pour étayer un alibi — Ministère public citant de nouveau la mère de la plaignante pour démontrer que les agressions se seraient produites en 1983 — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en permettant au ministère public de rouvrir sa preuve? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en permettant au ministère public de modifier l'acte d'accusation?

Suite à la page suivante

the power of courts of appeal on appeals from acquittals either to uphold the acquittal or to order a new trial) includes a residual discretion for a court of appeal to refuse to order a new trial where there was an error at trial which could reasonably have affected the verdict — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(4).

Criminal law — Appeal from acquittal — Courts — Residual discretion of appellate court on appeal from acquittal where error at trial reasonably capable of affecting the verdict — Criminal Code providing for upholding the acquittal or ordering new trial — Charge of impaired driving causing death and injury — Proof of impaired driving required to found charge — Crown declining to call further evidence when breathalyzer evidence found inadmissible for alleged Charter violation — Accused acquitted — Evidence found to be wrongly excluded on appeal — Court of Appeal upholding acquittal and refusing to order new trial — Whether, on a trial by judge and jury, s. 686(4) of the Criminal Code (dealing with the power of courts of appeal on appeals from acquittals either to uphold the acquittal or to order a new trial) includes a residual discretion for a court of appeal to refuse to order a new trial where there was an error at trial which could reasonably have affected the verdict.

R. *c.* Power **601**

Tribunaux — Pouvoir discrétionnaire résiduel d'une cour d'appel saisie d'un appel contre l'acquittement dans un cas où une erreur commise au procès peut raisonnablement être considérée comme influant sur le verdict — Maintien de l'acquittement ou ordonnance d'un nouveau procès prévu au Code criminel — Accusation de conduite avec facultés affaiblies causant la mort et des lésions corporelles — Preuve de conduite avec facultés affaiblies nécessaire pour fonder l'accusation — Refus du ministère public de produire d'autres éléments de preuve après que la preuve obtenue au moyen de l'alcootest ait été jugée inadmissible parce qu'il y aurait eu violation de la Charte — Accusé acquitté — En appel, preuve jugée avoir été écartée à tort — Maintien par la Cour d'appel de l'acquittement et refus d'ordonner un nouveau procès — Dans le cas d'un procès devant un juge et un jury, l'art. 686(4) du Code criminel (portant sur le pouvoir des cours d'appel saisies d'appels interjetés contre des acquittements de maintenir l'acquittement ou d'ordonner un nouveau procès) confère-t-il à la cour d'appel un pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser d'ordonner un nouveau procès lorsqu'une erreur pouvant raisonnablement être considérée comme influant sur le verdict a été commise au procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(4).

Droit criminel — Appel d'un acquittement — Tribunaux — Pouvoir discrétionnaire résiduel d'une cour d'appel saisie d'un appel contre l'acquittement dans un cas où une erreur commise au procès peut raisonnablement être considérée comme influant sur le verdict — Maintien de l'acquittement ou ordonnance d'un nouveau procès prévu au Code criminel — Accusation de conduite avec facultés affaiblies causant la mort et des lésions corporelles — Preuve de conduite avec facultés affaiblies nécessaire pour fonder l'accusation — Refus du ministère public de produire d'autres éléments de preuve après que la preuve obtenue au moyen de l'alcootest ait été jugée inadmissible parce qu'il y aurait eu violation de la Charte — Accusé acquitté — En appel, preuve jugée avoir été écartée à tort — Maintien par la Cour d'appel de l'acquittement et refus d'ordonner un nouveau procès — Dans le cas d'un procès devant un juge et un jury, l'art. 686(4) du Code criminel (portant sur le pouvoir des cours d'appel saisies d'appels interjetés contre des acquittements de maintenir l'acquittement ou d'ordonner un nouveau procès) confère-t-il à la cour d'appel un pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser d'ordonner un nouveau procès lorsqu'une erreur pouvant raisonnablement être considérée comme influant sur le verdict a été commise au procès?

Leonard Farinacci, Yves Lépine and Kenneth Jeffreys *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* DURETTE

File Nos.: 23059, 23026, 23061.

1993: November 10; 1994: March 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Interception of private communications — Opening of sealed packet — Editing of affidavits — Whether reviewing judge erred in his editing procedure and in determining what to edit — Whether accused's right to make full answer and defence denied.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to make full answer and defence — Interception of private communications — Opening of sealed packet — Editing of affidavits — Whether reviewing judge's editing of affidavits deprived accused of right to make full answer and defence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d).

The accused were charged with offences involving conspiracy to traffic in controlled drugs and narcotics. A substantial part of the evidence against them consisted of recordings of telephone conversations intercepted pursuant to nine wiretap authorizations. The District Court judge presiding at the trial granted the accused's application to open the packets containing the material filed in support of the authorizations, stated his intention to remove the affidavits and advised counsel of the procedure he was adopting to edit the affidavits. No counsel objected to the proposed procedure. The trial judge initially edited the affidavits on his own according to his understanding of the principles set out in *Parmar* and, in his opinion, made deletions "only insofar as [the affidavits] contain information from informants and others which is to be protected, and insofar as they contain summary or opinion". He proceeded to review the

Leonard Farinacci, Yves Lépine et Kenneth Jeffreys *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* DURETTE

N^os^ du greffe: 23059, 23026, 23061.

1993: 10 novembre; 1994: 17 mars.

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

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

Droit criminel — Interception de communications privées — Ouverture d'un paquet scellé — Révision d'affidavits — Le juge siégeant en révision a-t-il commis une erreur dans son processus de révision et en déterminant ce qui devait être révisé? — Le droit des accusés de présenter une défense pleine et entière a-t-il été violé?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de présenter une défense pleine et entière — Interception de communications privées — Ouverture d'un paquet scellé — Révision d'affidavits — La révision des affidavits par le juge siégeant en révision a-t-elle privé les accusés de leur droit de présenter une défense pleine et entière? — Charte canadienne des droits et liberté, art. 7, 11d).

Les accusés ont été inculpés de complot en vue de faire le trafic de drogues contrôlées et de stupéfiants. Une partie importante de la preuve présentée contre eux consistait en des enregistrements de conversations téléphoniques interceptées grâce à neuf autorisations d'écoute électronique. Le juge de la Cour de district qui a présidé le procès a accédé à la demande des accusés d'ouvrir les paquets contenant les documents déposés à l'appui de ces autorisations, a fait part de son intention de retirer les affidavits et avisé les avocats de la façon dont il entendait les réviser. Les avocats ne se sont pas opposés au processus proposé. Le juge du procès a d'abord révisé les affidavits lui-même, selon son interprétation des principes énoncés dans la décision *Parmar* et, à son avis, il a fait des suppressions «seulement dans la seule mesure où [les affidavits] contenaient des renseignements provenant d'indicateurs ou d'autres per-

edited affidavits with the Crown and accepted its submissions as to the nature and extent of the editing. The accused and their counsel were present throughout this exercise. The edited affidavits were distributed to defence counsel who made submissions regarding the deletions. The trial judge mentioned again that he had only deleted informants' information and, in one or two cases, some "commentary". He did not accede to defence counsel's requests for more information as to the content of the affidavits, although he did inform them as to whether the accused were named in the deleted portions of the affidavits and proceeded to list those accused in the deleted portions of the nine affidavits. When defence counsel pointed out that the deletions by the trial judge went beyond those made from the same affidavits by the judge who presided over an earlier trial of a first group of accused, the trial judge indicated that the editing of the other judge was irrelevant to his editing task. The accused filed a *Wilson* application to set aside the seven District Court authorizations. At the hearing, the accused cross-examined for nine full days the three police officers who swore the affidavits in support of the authorizations but were not allowed to cross-examine the "sub-affiants" who supplied information to them. However, the trial judge granted the accused leave to call two additional police officers as witnesses. At the conclusion of the hearing, the trial judge dismissed the application. The accused then brought a motion to quash this ruling and sought prohibition in the Ontario Supreme Court to prevent the trial judge from admitting primary evidence obtained from the District Court authorizations. This motion was dismissed. Concurrently, the accused brought a second *Wilson* application to set aside the two Ontario Supreme Court authorizations. The judge edited the affidavits filed in support of these authorizations less extensively than the trial judge and dismissed the application. The trial resumed and the accused were convicted. The majority of the Court of Appeal upheld the convictions. The issue in this Court is whether the trial judge's editing of the affidavits prevented a proper and full inquiry into the validity of the authorizations, thereby depriving the accused of the right to make full answer and defence as guaranteed by ss. 7 and 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

sonnes et nécessitant protection ou encore des résumés ou des opinions». Il a ensuite examiné les affidavits révisés avec le ministère public, dont il a retenu les propositions quant à la nature et à l'étendue de la révision. Les accusés et leurs avocats étaient présents pendant tout ce processus. Les affidavits révisés ont été remis aux avocats de la défense, qui ont fait des suggestions concernant les suppressions. Le juge du procès a mentionné de nouveau que les passages supprimés ne concernaient que les indicateurs et, dans un ou deux cas, des «commentaires». Il n'a pas fait droit aux demandes des avocats des accusés qui voulaient plus de détails sur le contenu des affidavits, mais il leur a dit si les noms de ceux-ci figuraient dans les passages supprimés des affidavits et il a énuméré les noms des accusés figurant dans ces passages des neuf affidavits. Lorsque les avocats de la défense ont fait remarquer que le juge du procès avait retranché plus de passages que ne l'avait fait relativement aux mêmes affidavits le juge ayant présidé le procès antérieur d'un premier groupe d'accusés, le juge du procès a dit que la révision par l'autre juge était sans rapport avec la révision qu'il effectuait. Les accusés ont déposé une requête de type *Wilson* en annulation des sept autorisations accordées par la Cour de district. À l'audition de la requête, les accusés ont contre-interrogé pendant neuf jours les trois policiers qui avaient souscrit les affidavits à l'appui des demandes d'autorisation, mais il n'ont pu contre-interroger les «sous-déposants» qui avaient fourni des renseignements aux déposants. Le juge du procès a, par contre, autorisé les accusés à citer deux autres policiers comme témoins. À la clôture de l'audition, le juge du procès a rejeté la requête. Les accusés ont alors demandé à la Cour suprême de l'Ontario d'annuler cette décision et ont saisi la cour d'une demande d'ordonnance de prohibition visant à empêcher le juge du procès de juger admissible la preuve primaire obtenue grâce aux autorisations accordées par la Cour de district. Cette requête a été rejetée. Simultanément, les accusés ont présenté une seconde requête de type *Wilson* en vue de faire annuler les deux autorisations accordées par la Cour suprême de l'Ontario. Le juge a révisé les affidavits déposés à l'appui des demandes d'autorisation en supprimant moins de passages que ne l'avait fait le juge du procès, puis il a rejeté la requête. Le procès a repris et les accusés ont été déclarés coupables. La Cour d'appel à la majorité a confirmé les déclarations de culpabilité. La question en l'espèce est de savoir si la révision des affidavits par le juge du procès a empêché l'examen complet et approprié de la validité des autorisations, privant ainsi les accusés du droit de présenter une défense pleine et entière, garanti à l'art. 7 et à l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Held (L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting): The appeals should be allowed and a new trial ordered.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory and Major JJ.: The *Charter* guarantee of the right to make full answer and defence requires that, as a general rule, all relevant information in the possession of the state be disclosed to an accused. Accordingly, when determining whether the contents of wiretap affidavits should be disclosed to an accused, full disclosure should also be the rule subject to certain exceptions. To justify non-disclosure, the Crown must show that disclosure will prejudice the interests of informants, innocent persons or law enforcement authorities and that such prejudice overbears the interests of the accused. When non-disclosure is justified, the affidavits should only be edited to the extent necessary to protect these overriding public interests. While trial judges must be granted some discretion to determine what editing is required to ensure that the public interest is protected, that discretion does not include the power to edit material whose continued confidentiality clearly is not justified by any of the public interest concerns in non-disclosure. Here, the trial judge did not comply with *Parmar* in editing the affidavits more extensively than was necessary to protect the public interest. The affidavits as edited by the judge who presided over the earlier trial were relevant and should have been the starting point for the trial judge. In editing out from the same affidavits information that had not been edited by the other judge, and was therefore public, the trial judge ignored the basic rule of non-disclosure that it is only confidential information that qualifies. Furthermore, the trial judge excised not only information which might tend to identify informants, but also information obtained from informants and others, and material which he characterized as "commentary", "summary" or "opinion". Editing is to be kept to a minimum and this principle clearly was not respected in this case. Given the conclusion that the trial judge did not comply with the principles set out in *Parmar*, subsequently approved of by this Court in *Garofoli*, in determining what to edit, it is unnecessary to decide whether or not the procedure adopted by the trial judge in editing the affidavits was in

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents): Les pourvois sont accueillis et un nouveau procès est ordonné.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory et Major: Le droit de présenter une défense pleine et entière garanti par la *Charte* exige, de façon générale, que la totalité des renseignements pertinents en la possession de l'État soit divulguée à l'accusé. Par conséquent, lorsqu'il s'agit de déterminer si le contenu des affidavits déposés à l'appui des demandes d'autorisation d'écoute électronique doit être divulgué à un accusé, la divulgation intégrale devrait également être la règle, sous réserve de quelques exceptions. Pour justifier toute non-divulgation, le ministère public doit démontrer que la divulgation causerait préjudice aux indicateurs, à des personnes innocentes ou aux autorités chargées d'appliquer la loi et que ce préjudice l'emporte sur les intérêts de l'accusé. Si la non-divulgation est justifiée, les affidavits ne devraient être révisés que dans la mesure nécessaire pour protéger ces intérêts publics prépondérants. Les juges de première instance doivent disposer d'un certain pouvoir discrétionnaire pour décider de la révision qu'il convient d'effectuer afin de s'assurer que l'intérêt public est protégé, mais ce pouvoir ne comprend pas celui de supprimer des renseignements qu'il n'est manifestement plus justifié de garder confidentiels pour l'un des motifs d'intérêt public en matière de non-divulgation. En l'espèce, le juge du procès n'a pas observé les règles établies dans la décision *Parmar* en supprimant des affidavits plus de passages qu'il n'était nécessaire pour protéger l'intérêt public. Les affidavits révisés par le juge ayant présidé le procès antérieur étaient pertinents et auraient dû être le point de départ du juge du procès. En supprimant des mêmes affidavits des renseignements qui n'avaient pas été supprimés par l'autre juge et qui étaient donc devenus publics, le juge du procès n'a pas tenu compte du principe fondamental de la non-divulgation, savoir que seuls les renseignements confidentiels remplissent les conditions requises. En outre, le juge du procès n'a pas écarté que des renseignements susceptibles de mener à l'identification d'indicateurs, mais également des renseignements obtenus d'indicateurs et d'autres personnes et des passages qu'il a qualifiés de «commentaires», de «résumés» ou d'«opinions». Il faut limiter le plus possible la révision et, de toute évidence, ce principe n'a pas été respecté en l'espèce. Compte tenu de la conclusion que le juge n'a pas observé, en déterminant les passages à supprimer, les principes énoncés dans la décision *Parmar* et confirmés par notre Cour dans l'arrêt *Garofoli*, il n'est pas nécessaire de déterminer si la procédure suivie par le juge du

accordance with the procedure suggested by the authorities.

By showing that the trial judge excised a substantial amount of material whose continued confidentiality could not be justified on the basis of the factors set out in *Parmar*, the accused have established *prima facie* that their ability to make full answer and defence was prejudiced in that they were denied the opportunity to conduct a full inquiry into the validity of the wiretap authorizations challenged before the trial judge. The accused should not be required to demonstrate the specific use to which they might put information which they have not even seen. The Crown has not been able to establish that no prejudice occurred and an appellate court which does not have the benefit of access to counsel's brief cannot be expected to speculate in these circumstances. While the affidavits as edited by the trial judge disclosed sufficient grounds to sustain the relevant authorizations, the material contained in the excised portions of the affidavits could be used to impugn the contents of the affidavits which have been disclosed. In the absence of overriding policy concerns which justified confidentiality, the accused were entitled to have the opportunity to use the deleted material in this fashion. Even though the trial judge reviewed the material which had been deleted from the affidavits in assessing the validity of the authorizations, this judicial screening of the material which was improperly withheld from the accused did not cure the failure to make proper disclosure. The fact that the trial judge may not have seen how the excised material could have assisted the accused does not necessarily mean that defence counsel would not have found a way to use that material to their advantage.

The trial judge erred in editing the affidavits in such a way that the accused were denied the right to make full answer and defence and this error cannot be cured by the application of s. 686(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code*. It is impossible to say that the verdicts against the accused would necessarily have been the same if the defence had succeeded in establishing that even one of the impugned authorizations was invalid.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. (dissenting): The procedure followed by the trial judge and his editing of the affidavits did not deprive the accused of their right to make full answer and defence as guaranteed by ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*. In drug trafficking and conspiracy cases, the balance between the protection of both society and informers and the respect of the individual rights of the accused has been

procès pour la révision des affidavits était conforme à celle que proposait la jurisprudence.

En démontrant que le juge du procès a supprimé des affidavits une grande quantité de renseignements qu'il n'était pas justifié de continuer à garder confidentiels pour les motifs énumérés dans la décision *Parmar*, les accusés ont fait la preuve *prima facie* que leur capacité de présenter une défense pleine et entière a été entravée et qu'on leur a refusé la possibilité d'examiner à fond la validité des autorisations d'écoute électronique contestées devant le juge du procès. Les accusés ne devraient pas être obligés de démontrer l'usage exact qu'ils pourraient faire de renseignements qu'ils n'ont même pas vus. Le ministère public n'a pu établir qu'aucun préjudice n'a été causé, et on ne peut attendre d'un tribunal d'appel qui n'a pas accès au dossier des avocats qu'il fasse des conjectures dans les circonstances. Bien que les affidavits révisés par le juge du procès révèlent des motifs suffisants de maintenir les autorisations visées, les renseignements contenus dans les passages supprimés des affidavits pourraient servir à attaquer le contenu des parties des affidavits qui ont été divulguées. En l'absence de considérations de principe prépondérantes justifiant la confidentialité, les accusés devaient avoir la possibilité d'utiliser de cette façon les passages supprimés. Même si, pour déterminer la validité des autorisations, le juge du procès a examiné les renseignements qui avaient été supprimés des affidavits, cet examen judiciaire des renseignements qui ont été illégitimement cachés aux accusés n'a pas remédié à l'absence de divulgation appropriée. Le fait que le juge du procès n'ait pas vu en quoi les passages supprimés auraient pu être utiles aux accusés ne signifie pas nécessairement que les avocats de la défense n'auraient pas trouvé un moyen de s'en servir à leur avantage.

Le juge du procès a commis une erreur en révisant les affidavits d'une façon qui a privé les accusés du droit de présenter une défense pleine et entière, erreur que ne peut réparer l'application du sous-al. 686(1)*b*)(iii) du *Code criminel*. Il est impossible de dire que les verdicts prononcés contre les accusés auraient nécessairement été les mêmes si la défense avait réussi à faire déclarer invalides une ou plusieurs des autorisations contestées.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin (dissidents): La procédure suivie par le juge du procès et la révision qu'il a faite des affidavits n'ont pas privé les accusés de leur droit de présenter une défense pleine et entière, garanti par l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte*. Dans les affaires de trafic de stupéfiants et de complot, l'équilibre entre la protection à la fois de la société et des indicateurs et le respect des droits individuels des

struck in s. 187 of the *Criminal Code* and these rules were respected in this case.

The trial judge did not err in editing the affidavits on his own before receiving any submissions in open court from the Crown as to the nature of the matters to be edited and the basis therefor. The procedure for the disclosure of the contents of wiretap affidavits to an accused was set out by this Court in *Garofoli* after the trial in this case and it was not intended to be exclusive or exhaustive. Here, the trial judge followed *Parmar*, which was regarded as setting out the proper procedure at the time. The Crown was consulted and had an input during the editing process, and the trial judge remained open to suggestions by both counsel, who were present throughout the exercise. As long as the Crown has the opportunity to effectively indicate its position with respect to the editing, it is not material whether its submissions are made before or after the editing.

The trial judge's failure to provide judicial summaries of his deletions did not impair the accused's case. No request was made for the summaries at the time of the editing and no specific reason was given or facts demonstrated by the accused with respect to the need for summaries in the circumstances of this case.

In editing the affidavits, a trial judge must decide in his discretion what portions should be edited and to what extent, bearing in mind the protection of the interests of the state in its investigation techniques and in non-disclosure of informers' identity. Such discretion is not only subjective, but depends on the facts and the context of the case. While, in some circumstances, deleting the names and addresses of informers will be sufficient for their protection, this is not necessarily so in each case. The protection of police informers is crucial to the proper administration of justice and the slightest detail that might help identify an informer must be deleted, especially as here in cases of drug-related offences and organized networks of narcotic distribution. In balancing the interests of the accused and the public interest in the administration of justice, the trial judge deleted information from informers from the affidavits on the basis that such information was likely to lead to their identification. In so doing, the trial judge was perhaps overly cautious in his attempt to protect the identity of the informers and the nature of the undercover operation. Nevertheless, this was within his dis-

accusés a été établi à l'art. 187 du *Code criminel*, et ces règles ont été respectées en l'espèce.

Le juge du procès n'a commis aucune erreur en révisant les affidavits seul, avant d'avoir entendu les arguments du ministère public en audience publique au sujet de la nature des éléments à supprimer et des raisons de les supprimer. La méthode de divulgation à un accusé du contenu des affidavits déposés à l'appui des demandes d'autorisation d'écoute électronique a été énoncée par la Cour dans *Garofoli* après la tenue du procès dans la présente affaire, et elle n'était pas censée être exclusive ni exhaustive. En l'espèce, le juge du procès a suivi la décision *Parmar*, qui était censée énoncer la procédure appropriée à l'époque. Le ministère public a été consulté et a pu apporter sa contribution au processus de révision, et le juge s'est dit prêt à entendre les arguments des avocats de la défense et du ministère public, qui étaient présents pendant tout le processus. Pour autant que le ministère public ait eu la possibilité de faire connaître sa position à l'égard de la révision, qu'il ait soumis ses arguments avant ou après la révision ne saurait avoir d'importance.

L'omission par le juge du procès de remettre des résumés judiciaires des passages qu'il a supprimés n'a pas nui à la défense des accusés. De tels résumés n'ont pas été demandés à l'époque de la révision et aucune raison n'a été donnée ni aucun fait mis en preuve concernant la nécessité de résumés judiciaires dans les circonstances de la présente espèce.

Au moment de réviser les affidavits, il revient au juge du procès de décider quels éléments il convient de supprimer et jusqu'à quel point, gardant à l'esprit les intérêts de l'État dans ses techniques d'enquête et dans la non-divulgation de l'identité des indicateurs. Ce pouvoir n'est pas seulement subjectif, mais dépend des faits et du contexte de l'affaire. Dans certains cas, il suffira de supprimer le nom et l'adresse des indicateurs pour assurer leur protection, mais il n'en va pas nécessairement de même dans tous les cas. La protection des indicateurs de police est un élément crucial de l'administration efficace de la justice, et le moindre détail susceptible de permettre d'établir l'identité d'un indicateur doit être supprimé, tout particulièrement dans les cas d'infractions liées à la drogue et de réseaux organisés de distribution de stupéfiants, comme en l'espèce. En soupesant les intérêts des accusés et l'intérêt public en matière d'administration de la justice, le juge du procès a supprimé des affidavits des renseignements obtenus d'indicateurs pour le motif qu'ils étaient de nature à permettre d'établir leur identité. Le juge s'est peut-être montré exagérément prudent en faisant cette révision dans sa

cretion and could not amount to an error of law in the absence of a denial of justice or of full and fair defence.

The specific issue of possible loss of confidentiality of some informers was not raised when the accused had an opportunity to present submissions with respect to the trial judge's editing and they cannot today, without more, challenge the deletions of information identifying informers whose identity may no longer have been confidential by the time of the trial. At the time of the editing, there was no way for the trial judge to know whether, at the time of trial, such confidentiality would become unnecessary. Nothing in the record indicates that the trial judge was informed that the material in the affidavits edited out by the judge who presided over the earlier trial was not, or had ceased to be, confidential and, therefore, could be released. The trial judge could not have presumed, at the time of his editing, that the version of the affidavits as edited and released at the earlier trial was not confidential anymore.

While the deletions of immaterial information ("commentary", "summary" or "opinion") may be more questionable, these deletions were minor and were irrelevant as a basis for the issuing of the authorizations. Moreover, this falls within the trial judge's discretion and it is not enough to constitute unfairness and warrant a new trial.

The argument that material contained in excised portions of affidavits could have assisted accused is largely self-defeating and simply ignores the continuing need for confidentiality.

Finally, a comparison of the editing made by other judges with the editing made by the trial judge on the same affidavits is not relevant. In the exercise of their discretion, judges might hold different views and come to different conclusions. As long as the exercise of discretion is made judiciously and judicially, there is no ground for reproach.

There is therefore nothing in the treatment of the sealed packets by the trial judge which constituted a reviewable error. Even assuming that his deletions were excessive to the point of amounting to an error, however, no prejudice resulting from those deletions was demonstrated. Despite a lengthy cross-examination of

tentative de cacher l'identité des indicateurs et la nature de l'opération d'infiltration. Néanmoins, cela relevait de son pouvoir discrétionnaire et ne saurait constituer une erreur de droit en l'absence de déni de justice ou de privation du droit à une défense pleine et entière.

La question précise de la possibilité que l'identité de certains indicateurs ne soit plus confidentielle n'a pas été soulevée lorsque les accusés ont eu la possibilité de faire valoir leurs arguments sur la révision par le juge du procès, et ils ne peuvent pas aujourd'hui, sans plus, contester la suppression de renseignements révélant l'identité d'indicateurs qui n'était peut-être plus confidentielle au moment du procès. Au moment de la révision, le juge du procès n'avait aucun moyen de savoir si, au moment du procès, il ne serait plus nécessaire de garder leur identité secrète. Aucun élément de preuve versé au dossier n'indique que le juge du procès ait été informé que les portions des affidavits supprimées par le juge ayant présidé le procès antérieur n'étaient pas, ou avaient cessé d'être, confidentielles et, en conséquence, pouvaient être rendues publiques. Le juge ne pouvait pas présumer, au moment de sa révision, que la version révisée des affidavits publiée lors du procès antérieur n'était plus confidentielle.

La suppression de renseignements non pertinents («commentaires», «résumés» ou «opinions») est peut-être plus discutable, mais, les éléments supprimés étaient mineurs et n'étaient pas pertinents quant aux motifs pour lesquels les autorisations ont été accordées. Par surcroît, cela fait partie du pouvoir discrétionnaire du juge du procès et est insuffisant pour constituer un manque d'équité et justifier un nouveau procès.

L'argument selon lequel les renseignements contenus dans les passages supprimés des affidavits auraient pu aider les accusés va à l'encontre du but recherché et ne tient tout simplement pas compte du besoin continu de confidentialité.

Enfin, la comparaison de l'édition faite par d'autres juges avec celle des mêmes affidavits par le juge du procès n'est pas pertinente. Dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, les juges peuvent adopter un point de vue distinct et tirer des conclusions différentes. Dans la mesure où ils exercent ce pouvoir judicieusement et judiciairement, il n'y a rien à y redire.

La façon dont le juge du procès a traité les paquets scellés n'a aucunement constitué une erreur donnant lieu à révision. Toutefois, même à supposer que ses suppressions aient été exagérées au point de constituer une erreur, aucun préjudice en résultant n'a été prouvé. En dépit d'un long contre-interrogatoire des déposants et de

the affiants and two additional witnesses, the accused were unable to demonstrate that the authorizations were facially deficient, that the edited affidavits failed to set out reasonable and probable grounds or that the affiants committed fraud, misleading disclosure or non-disclosure in their request for the wiretap authorizations. Counsel for the accused recognized in this Court that had the affidavits submitted to the judge in order to obtain the authorizations been the edited affidavits, such affidavits would have been sufficient for the issuing of the authorizations. In these circumstances, no prejudice can be found. The purpose of a review is to ascertain that the authorizations were properly issued, not to permit accused to go on fishing expeditions to attempt to identify informers, which would be an abuse of the process in itself. The grounds of appeal did not reveal any miscarriage of justice and were worded in pure legal technicalities which have no bearing on the innocence or the guilt of the accused.

deux autres témoins, les accusés n'ont pas réussi à démontrer que les autorisations étaient, à première vue, entachées d'un vice, ou que les affidavits révisés ne révélaient pas de motifs raisonnables et probables, ou encore que les déposants s'étaient rendus coupables, dans leur demande d'autorisation d'écoute électronique, de fraude, de divulgation trompeuse ou de non-divulgation. Les avocats des accusés ont reconnu devant la Cour que, si les affidavits soumis au juge en vue d'obtenir les autorisations avaient consisté seulement dans les affidavits révisés, ceux-ci auraient été suffisants pour justifier la délivrance des autorisations. Dans les circonstances, on ne peut conclure à un préjudice. La révision a pour but de vérifier si les autorisations ont été accordées à bon droit, et non de permettre à l'accusé de faire une expédition de pêche afin de tenter d'identifier les indicateurs, ce qui constituerait en soi un abus de procédure. Les moyens d'appel n'ont révélé aucune erreur judiciaire et ont fait état de questions de pure forme qui n'ont aucun rapport avec l'innocence ou la culpabilité de l'accusé.

Cases Cited

By Sopinka J.

Applied: *R. v. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; **referred to:** *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts appliqués: *R. c. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; **arrêts mentionnés:** *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Wilson v. The Queen, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260; *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978); *R. v. Parmar* (1987), 37 C.C.C. (3d) 300; *R. v. Parmar* (1989), 53 C.C.C. (3d) 489; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, rev'g (1988), 41 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.); *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490, rev'g (1988), 27 O.A.C. 45; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, rev'g (1987), 36 C.C.C. (3d) 435 (B.C.C.A.), aff'g (1986), 32 C.C.C. (3d) 346 (B.C.S.C.); *R. v. Zito*, [1990] 2 S.C.R. 1520, aff'g (1988), 42 C.C.C. (3d) 565 (Que. C.A.); *R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142; *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Rowbotham* (1984), 42 C.R. (3d) 164; *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Poje v. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 S.C.R. 516, aff'g [1953] 1 D.L.R. 385 (B.C.C.A.); *Maynard v. Maynard*,

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

Wilson c. La Reine, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. c. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260; *Franks c. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978); *R. c. Parmar* (1987), 37 C.C.C. (3d) 300; *R. c. Parmar* (1989), 53 C.C.C. (3d) 489; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, inf. (1988), 41 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.); *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490, inf. (1988), 27 O.A.C. 45; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, inf. (1987), 36 C.C.C. (3d) 435 (C.A.C.-B.), conf. (1986), 32 C.C.C. (3d) 346 (C.S.C.-B.); *R. c. Zito*, [1990] 2 R.C.S. 1520, conf. [1988] R.J.Q. 1539 (C.A.); *R. c. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142; *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Rowbotham* (1984), 42 C.R. (3d) 164; *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Poje c. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 R.C.S. 516, conf. [1953] 1 D.L.R. 385 (C.A.C.-B.); *Maynard c. Maynard*, [1951]

[1951] S.C.R. 346; *Badar Bee v. Habib Merican Noordin*, [1909] A.C. 615; *Gibson v. Le Temps Publishing Co.* (1903), 6 O.L.R. 690; *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363; *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; *Re Royal Commission Inquiry into the Activities of Royal American Shows Inc. (No.3)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 212; *Re Miller and Thomas and The Queen* (1975), 23 C.C.C. (2d) 257; *R. v. Cheng* (1976), 33 C.C.C. (2d) 441; *R. v. Madden*, Ont. Co. Ct., April 28, 1977, unreported; *R. v. Wai Ting Li (No.1)*, [1976] 6 W.W.R. 128; *R. v. Haslam* (1976), 3 C.R. (3d) 248; *Re Stewart and The Queen* (1976), 30 C.C.C. (2d) 391; *Re Regina and Kozak* (1976), 32 C.C.C. (2d) 235; *Re Regina and Collos* (1977), 37 C.C.C. (2d) 405; *R. v. Gill* (1980), 18 C.R. (3d) 390; *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709; *McKercher v. Vancouver-Iowa Shingle Co.*, [1929] 4 D.L.R. 231; *Wright v. Doe* (1837), 7 AD. & E. 313, 112 E.R. 488; *R. v. Sabloff*, J.E. 80-73; *Re Donnelly and Acheson and The Queen* (1976), 29 C.C.C. (2d) 58; *R. v. Sklar*, B.C.S.C., October 17, 1975, unreported; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. ix; *R. v. Ross* (1985), 26 C.C.C. (3d) 264; *R. v. Wood* (1986), 26 C.C.C. (3d) 77; *R. v. Martel* (1986), 27 C.C.C. (3d) 508; *R. v. Stacey*, Ont. H.C., May 20, 1986, unreported; *R. v. Birt and Anderson* (1986), 31 C.C.C. (3d) 176; *R. v. Madsen and Scobel* (1986), 31 C.C.C. (3d) 249; *R. v. Graves* (1987), 31 C.C.C. (3d) 552; *R. v. Pascoe* (1987), 32 C.C.C. (3d) 61; *R. v. Martin* (1986), 32 C.C.C. (3d) 257; *R. v. Stensrud and Smith* (1987), 56 Sask. R. 44; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53 (1957); *McCray v. Illinois*, 386 U.S. 300 (1967); *Colorado v. Nunez*, 465 U.S. 324 (1984); *United States v. Cantor*, 470 F.2d 890 (1972); *United States v. D'Alfonso*, 357 F. Supp. 1341 (1973); *People v. Sturgis*, 352 N.Y.S.2d 942 (1973); *United States v. Garramone*, 374 F. Supp. 256 (1974); *United States v. Danovaro*, 877 F.2d 583 (1989); *State of New Jersey v. Garcia*, 618 A.2d 326 (1993); *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494; *R. v. Hunter* (1987), 34 C.C.C. (3d) 14; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code, the Crown Liability and Proceedings Act and the Radiocommunication Act, S.C. 1993, c. 40, s. 7.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(*d*).

R.C.S. 346; *Badar Bee c. Habib Merican Noordin*, [1909] A.C. 615; *Gibson c. Le Temps Publishing Co.* (1903), 6 O.L.R. 690; *R. c. Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363; *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; *Re Royal Commission Inquiry into the Activities of Royal American Shows Inc. (No.3)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 212; *Re Miller and Thomas and The Queen* (1975), 23 C.C.C. (2d) 257; *R. c. Cheng* (1976), 33 C.C.C. (2d) 441; *R. c. Madden*, C. cté Ont., 28 avril 1977, inédit; *R. c. Wai Ting Li (No.1)*, [1976] 6 W.W.R. 128; *R. c. Haslam* (1976), 3 C.R. (3d) 248; *Re Stewart and The Queen* (1976), 30 C.C.C. (2d) 391; *Re Regina and Kozak* (1976), 32 C.C.C. (2d) 235; *Re Regina and Collos* (1977), 37 C.C.C. (2d) 405; *R. c. Gill* (1980), 18 C.R. (3d) 390; *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709; *McKercher c. Vancouver-Iowa Shingle Co.*, [1929] 4 D.L.R. 231; *Wright c. Doe* (1837), 7 AD. & E. 313, 112 E.R. 488; *R. c. Sabloff*, J.E. 80-73; *Re Donnelly and Acheson and The Queen* (1976), 29 C.C.C. (2d) 58; *R. c. Sklar*, C.S.C.-B., 17 octobre 1975, inédit; *R. c. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. ix; *R. c. Ross* (1985), 26 C.C.C. (3d) 264; *R. c. Wood* (1986), 26 C.C.C. (3d) 77; *R. c. Martel* (1986), 27 C.C.C. (3d) 508; *R. c. Stacey*, H.C. Ont., 20 mai 1986, inédit; *R. c. Birt and Anderson* (1986), 31 C.C.C. (3d) 176; *R. c. Madsen and Scobel* (1986), 31 C.C.C. (3d) 249; *R. c. Graves* (1987), 31 C.C.C. (3d) 552; *R. c. Pascoe* (1987), 32 C.C.C. (3d) 61; *R. c. Martin* (1986), 32 C.C.C. (3d) 257; *R. c. Stensrud and Smith* (1987), 56 Sask. R. 44; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Roviaro c. United States*, 353 U.S. 53 (1957); *McCray c. Illinois*, 386 U.S. 300 (1967); *Colorado c. Nunez*, 465 U.S. 324 (1984); *United States c. Cantor*, 470 F.2d 890 (1972); *United States c. D'Alfonso*, 357 F. Supp. 1341 (1973); *People c. Sturgis*, 352 N.Y.S.2d 942 (1973); *United States c. Garramone*, 374 F. Supp. 256 (1974); *United States c. Danovaro*, 877 F.2d 583 (1989); *State of New Jersey c. Garcia*, 618 A.2d 326 (1993); *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494; *R. c. Hunter* (1987), 34 C.C.C. (3d) 14; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11*d*).

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 178.14(1)*a*)(ii) [aj. 1973-74, ch. 50, art. 2; mod. 1985, ch. 19, art. 24].

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 178.14(1)(*a*)(ii) [en. 1973-74, c. 50, s. 2; am. 1985, c. 19, s. 24].
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 187 [am. c. 27 (1st Supp.), s. 24], 686(1)(*b*)(iii) [am. 1991, c. 43, s. 8], 691(1)(*a*).
Criminal Law Amendment Act, 1985, R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.).
Protection of Privacy Act, S.C. 1973-74, c. 50, s. 2.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 187 [mod. ch. 27 (1er suppl.), art. 24], 686(1)*b*)(iii) [mod. 1991, ch. 43, art. 8], 691(1)*a*).
Loi de 1985 modifiant le droit pénal, L.R.C. (1985), ch. 27 (1er suppl.).
Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif et la Loi sur la radiocommunication, L.C. 1993, ch. 40, art. 7.
Loi sur la protection de la vie privée, S.C. 1973-74, ch. 50, art. 2.

Authors Cited

Bellemare, Daniel A. *L'écoute électronique au Canada*. Montréal: Yvon Blais, 1981.
Cohen, Stanley A. *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada*. Toronto: Carswell, 1983.
Cross, Rupert, Sir. *Cross on Evidence*, 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.
Halsbury's Laws of England, vol. 17, 4th ed. London: Butterworths, 1976.
LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, vol. 1, 2nd ed. St. Paul: West Publishing Co., 1987 & Supp. 1993.
Watt, David. *Law of Electronic Surveillance in Canada*. Toronto: Carswell, 1979.
Wigmore, John Henry. *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1, 3rd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1940.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

Doctrine citée

Bellemare, Daniel A. *L'écoute électronique au Canada*. Montréal: Yvon Blais, 1981.
Cohen, Stanley A. *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada*. Toronto: Carswell, 1983.
Cross, Rupert, Sir. *Cross on Evidence*, 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.
Halsbury's Laws of England, vol. 17, 4th ed. London: Butterworths, 1976.
LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, vol. 1, 2nd ed. St. Paul: West Publishing Co., 1987 & Supp. 1993.
Watt, David. *Law of Electronic Surveillance in Canada*. Toronto: Carswell, 1979.
Wigmore, John Henry. *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1, 3rd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1940.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 9 O.R. (3d) 557, 54 O.A.C. 81, 72 C.C.C. (3d) 421, dismissing the accused's appeals from their convictions for drug offences. Appeals allowed and new trial ordered, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

POURVOIS contre un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 9 O.R. (3d) 557, 54 O.A.C. 81, 72 C.C.C. (3d) 421, qui a rejeté les appels des accusés contre leur déclaration de culpabilité relativement à des infractions en matière de stupéfiants. Pourvois accueillis et nouveau procès ordonné, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents.

Frank Addario, for the appellant Farinacci.

David E. Harris, for the appellant Lépine.

James Lockyer, for the appellant Jeffreys.

Frank Addario, pour l'appelant Farinacci.

David E. Harris, pour l'appelant Lépine.

James Lockyer, pour l'appelant Jeffreys.

Robert W. Hubbard and *Scott K. Fenton*, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Cory and Major JJ. was delivered by

SOPINKA J. — These appeals concern the application of the principles set out in *R. v. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260 (Ont. H.C.), and *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, relating to the editing of affidavits filed in support of applications for authorizations to intercept private communications (hereinafter "wiretap authorizations") having regard to the obligation of the Crown to disclose developed in this Court's judgment in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326.

I. Facts

The appellants were among some 80 individuals simultaneously arrested on January 22, 1985 after the culmination of a police investigation into the manufacture and distribution of illicit drugs by members of two motorcycle clubs.

The Crown initially laid a single information against 61 individuals charging them with conspiracy to traffic in methamphetamine, cocaine and LSD. A preliminary hearing was scheduled for December 2, 1985. However, in November 1985 the Honourable John Crosbie, Minister of Justice and Attorney General of Canada, preferred two indictments, replacing the original information and cancelling the preliminary hearing. One indictment was presented in the Supreme Court of Ontario and named 12 accused. The other indictment was presented in the District Court of Ontario and named 27 accused including the appellants. The appellants Farinacci and Lépine were jointly charged with one count of conspiracy to traffic in methamphetamine between October 1, 1983 and January 23, 1985. The appellant Jeffreys was charged with one count of conspiracy to traffic in cocaine between June 1, 1983 and January 23, 1985.

Robert W. Hubbard et *Scott K. Fenton*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Cory et Major rendu par

LE JUGE SOPINKA — Les présents pourvois portent sur l'application des principes énoncés dans la décision *R. c. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260 (H.C. Ont.), et dans l'arrêt *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, relativement à la révision des affidavits déposés à l'appui de demandes d'autorisation d'interception de communications privées (ci-après appelée «autorisation d'écoute électronique»), compte tenu de l'obligation de divulguer du ministère public, exposée dans notre arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.

I. Les faits

Les appelants étaient au nombre des quelque 80 personnes qui ont été arrêtées en même temps le 22 janvier 1985, à l'aboutissement d'une enquête policière menée sur la fabrication et la distribution de drogues illégales par des membres de deux clubs de motards.

Le ministère public avait d'abord déposé une dénonciation unique contre 61 personnes, les accusant de complot en vue de faire le trafic de méthamphétamine, de cocaïne et de LSD. L'enquête préliminaire devait avoir lieu le 2 décembre 1985. Toutefois, en novembre 1985, le ministre de la Justice et procureur général du Canada, l'honorable John Crosbie, a déposé deux actes d'accusation qui remplaçaient la dénonciation initiale et annulaient l'enquête préliminaire. L'un des actes d'accusation, visant 12 accusés, a été déposé devant la Cour suprême de l'Ontario, tandis que l'autre, visant 27 accusés, dont les appelants, a été déposé devant la Cour de district de l'Ontario. Les appelants Farinacci et Lépine étaient conjointement accusés d'un chef de complot en vue de faire le trafic de méthamphétamine entre le 1er octobre 1983 et le 23 janvier 1985. L'appelant Jeffreys a, pour sa part, été accusé d'un chef de complot en vue de faire le trafic de cocaïne entre le 1er juin 1983 et le 23 janvier 1985.

The trial in the Supreme Court of Ontario proceeded first. It began on June 2, 1986 before Bowlby J. Verdicts were rendered on February 27, 1987.

The appellants and seven other accused were tried in the District Court of Ontario before Judge O'Connell and a jury. That trial began on May 11, 1987. Pre-trial motions were heard throughout May, June and September. Verdicts were rendered on June 11, 1988. The appellants Farinacci and Lépine were convicted of conspiracy to traffic in methamphetamine. The appellant Jeffreys was convicted of conspiracy to traffic in cocaine. The evidence against the appellants consisted of testimony from informant witnesses, results of physical surveillance and recordings of telephone conversations.

One of the pre-trial motions entertained by the trial judge was a "*Wilson*" motion (named after the decision of this Court in *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594) in which the appellants challenged the validity of seven wiretap authorizations which permitted the police to intercept their telephone conversations. The impugned authorizations were granted by Judge Scott of the District Court of Ontario. Two other authorizations were granted by Trainor and Ewaschuk JJ., both of the Supreme Court of Ontario.

Prior to the *Wilson* hearing, the trial judge ordered the packets containing the material filed in support of all the authorizations to be opened. He then stated his intention to remove the affidavits from the sealed packet and edit them. He explained that after editing the affidavits himself he would give a copy of the edited affidavits to the Crown to determine if further editing needed to be done. He would then give copies to counsel for the various accused and hear any "suggestions" they had about the affidavits.

After the adjournment, the trial judge indicated that he had read each affidavit in light of the decision in *Parmar*. He claimed to have edited the affi-

La poursuite intentée devant la Cour suprême de l'Ontario a été instruite en premier. Le procès a commencé le 2 juin 1986 devant le juge Bowlby et les verdicts ont été prononcés le 27 février 1987.

Le procès des appelants et de sept autres accusés a commencé le 11 mai 1987 en Cour de district de l'Ontario devant le juge O'Connell et un jury. Des requêtes préliminaires ont été entendues pendant les mois de mai, juin et septembre. Les verdicts ont été rendus le 11 juin 1988. Les appelants Farinacci et Lépine ont été reconnus coupables de complot en vue de faire le trafic de méthamphétamine, et l'appelant Jeffreys, de complot en vue de faire le trafic de cocaïne. La preuve à charge se composait de la déposition de témoins indicateurs, du résultat de la surveillance physique effectuée et d'enregistrements de conversations téléphoniques.

Parmi les requêtes préliminaires entendues par le juge du procès figurait une requête de type *Wilson* (ainsi nommée d'après notre arrêt *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594) dans laquelle les appelants contestaient la validité de sept autorisations d'écoute électronique qui avaient permis à la police d'intercepter leurs conversations téléphoniques. Ces autorisations avaient été accordées par le juge Scott de la Cour de district de l'Ontario. Deux autres avaient été accordées respectivement par les juges Trainor et Ewaschuk, tous deux de la Cour suprême de l'Ontario.

Avant l'audition de la requête de type *Wilson*, le juge du procès a ordonné l'ouverture des paquets contenant les documents déposés à l'appui de toutes ces autorisations. Il a alors fait part de son intention de retirer les affidavits du paquet scellé et de les réviser lui-même, expliquant qu'après la révision, il remettrait une copie des affidavits révisés au ministère public afin que ce dernier lui indique s'il était nécessaire de pousser plus loin la révision. Il en donnerait ensuite copie aux avocats des différents accusés et recevrait toute [TRADUCTION] «proposition» que ceux-ci pourraient formuler concernant les affidavits.

Après l'ajournement, le juge du procès a signalé qu'il avait examiné chaque affidavit en tenant compte de la décision *Parmar*. Il a affirmé avoir

davits "only insofar as they contain information from informants and others which is to be protected, and insofar as they contain summary or opinion". He then proceeded to review the edited affidavits with the Crown, who suggested a few additional deletions. In a few instances the Crown indicated that material edited by the trial judge could be disclosed. These suggestions were adopted by the trial judge. The accused and their counsel were present throughout this exercise.

The trial judge then proposed to distribute the edited affidavits to counsel. However, before this took place, counsel for the appellant Farinacci made a submission requesting "all information contained in these affidavits, other than the specific name and identifying address, or the like of anybody who purports to be in the position of an informant or informer, as the case may be". The Crown argued that this submission was premature. The trial judge agreed. At that point counsel for the appellant Jeffreys requested clarification of the procedure which the trial judge intended to follow. He specifically asked whether the appellants would "have some input to request further information from the affidavits". The trial judge made it clear that the next step in the process was that the defence would receive copies of the edited affidavits and then the actual *Wilson* hearing would proceed.

Once the edited affidavits were distributed to counsel, but before reviewing them, counsel for the appellant Farinacci, relying heavily on the decision in *Parmar*, re-asserted the right of the defence to the deleted information. Counsel for the appellant Jeffreys requested an indication of the basis upon which the deletions were made. The trial judge then suggested that every deletion met all four criteria set out in *Parmar*. However, he also stated that in one or two cases he had deleted some "commentary".

révisé les affidavits [TRADUCTION] «seulement dans la seule mesure où ils contenaient des renseignements provenant d'indicateurs ou d'autres personnes et nécessitant protection ou encore des résumés ou des opinions». Il a ensuite examiné les affidavits révisés avec le ministère public, qui a proposé la suppression de quelques renseignements supplémentaires et a en outre signalé certains passages supprimés par le juge qui pouvaient être divulgués. Le juge a retenu ces propositions. Les accusés et leurs avocats étaient présents pendant tout ce processus.

Le juge du procès a, par la suite, proposé de remettre les affidavits révisés aux avocats. Avant que la remise n'ait lieu, cependant, l'avocat de l'appelant Farinacci a demandé [TRADUCTION] «tous les renseignements contenus dans ces affidavits, à l'exception du nom précis de toute personne déclarant être un indicateur ou informateur, de l'adresse pouvant l'identifier ou de renseignements de même nature». Le ministère public a soutenu que cette démarche était prématurée, ce à quoi a souscrit le juge. L'avocat de l'appelant Jeffreys a alors demandé des éclaircissements sur la procédure que le juge avait l'intention de suivre. Il voulait savoir, précisément, si les appelants [TRADUCTION] «auraient l'occasion de demander des renseignements supplémentaires contenus dans les affidavits». Le juge a exposé clairement que la prochaine étape du processus serait la remise de copies des affidavits révisés et qu'alors, la requête de type *Wilson* comme telle serait entendue.

Après la remise des affidavits révisés aux avocats, mais avant leur examen, l'avocat de l'appelant Farinacci, se réclamant avec force de la décision *Parmar*, a réitéré ses arguments concernant le droit de la défense d'obtenir les renseignements supprimés. L'avocat de l'appelant Jeffreys a demandé au juge de lui faire connaître les principes sur lesquels étaient fondés les suppressions. Le juge du procès a affirmé qu'il avait, dans tous les cas, respecté les quatre critères énoncés dans la décision *Parmar*, ajoutant, toutefois, qu'à une ou deux reprises, il avait supprimé certains [TRADUCTION] «commentaires».

After counsel were given an opportunity to review the edited affidavits, counsel for the appellant Farinacci again attempted to make submissions regarding the deletions that had been made. Counsel pointed out that the deletions made by the trial judge went beyond those which were made from the same affidavits by Bowlby J. The trial judge characterized the deletions which had been made by Bowlby J. as "irrelevant" to what he was doing.

Counsel for the appellant Farinacci then asked about a specific deletion from one of the affidavits, asking if it was appropriate to inquire into whether his client's name appeared in the deleted materials and in what context. The trial judge indicated that it was not appropriate for him to inquire, stating that the deletion was made "in the interests of the persons involved" and that all the deletions he made "were strictly related to informants, and one or two other minor deletions which related to commentary . . . ".

Counsel for the appellant Jeffreys stated that the defence were, at least *prima facie*, entitled to all information reflecting on the reasonable and probable grounds upon which the authorizations were granted. The trial judge flatly rejected this submission.

The Crown submitted that "[t]he accused are entitled to know if they are named in the deleted portions." The trial judge then proceeded to list those accused named in the deleted portions of the nine affidavits. Defence counsel was also advised that no confidential sources had died, were potential Crown witnesses or were police officers.

At the *Wilson* hearing, the appellants cross-examined the three police officers who swore affidavits in support of the nine authorizations. The trial judge ruled that defence counsel could not cross-examine the "sub-affiants" who supplied information to the affiants. However, he granted the appellants leave to call two additional police officers as witnesses. On June 24, 1987 the trial

Les avocats ont alors eu l'occasion d'examiner les affidavits révisés et, après cet examen, l'avocat de l'appelant Farinacci a encore une fois tenté de présenter une argumentation à propos des passages supprimés, faisant remarquer que le juge du procès avait retranché plus de passages que ne l'avait fait le juge Bowlby relativement aux mêmes affidavits. Le juge du procès a dit que les passages supprimés par le juge Bowlby étaient [TRADUCTION] «sans rapport» avec la révision qu'il effectuait.

Puis, l'avocat de l'appelant Farinacci a voulu savoir s'il était fondé à demander si le nom de son client figurait dans un passage précis qui avait été retranché de l'un des affidavits et dans quel contexte. Le juge du procès lui a répondu que cette demande n'était pas légitime et il a affirmé que ce passage avait été supprimé [TRADUCTION] «dans l'intérêt des personnes visées» et que tous les passages supprimés [TRADUCTION] «concernaient strictement les indicateurs, et un ou deux passages succincts portaient sur des commentaires . . .».

L'avocat de l'appelant Jeffreys a soutenu que la défense avait, au moins à première vue, le droit d'obtenir tous les renseignements relatifs aux motifs raisonnables et probables ayant fondé l'octroi des autorisations. Le juge du procès a rejeté catégoriquement cet argument.

Le ministère public ayant fait observer que [TRADUCTION] «[l]es accusés ont le droit de savoir s'ils sont nommés dans les passages supprimés», le juge du procès a alors dressé la liste des accusés nommés dans les passages supprimés des neuf affidavits. L'avocat de la défense a également été informé qu'aucune source confidentielle n'était décédée, n'était un témoin à charge potentiel ou n'était un agent de police.

À l'audition de la requête de type *Wilson*, les appelants ont contre-interrogé les trois policiers qui avaient souscrit des affidavits à l'appui des neuf demandes d'autorisation. Le juge du procès a statué que les avocats de la défense ne pouvaient contre-interroger les «sous-déposants», c'est-à-dire les personnes qui avaient fourni des renseignements aux déposants. Il a, par contre, autorisé les

judge dismissed the application to set aside the seven District Court authorizations.

Shortly after this hearing, the appellants brought an application before Watt J. to set aside the two Supreme Court authorizations. Watt J. edited the affidavits filed in support of these authorizations less extensively than O'Connell Dist. Ct. J. had edited the same affidavits before distributing them to defence counsel. Ultimately, Watt J. dismissed the application to set aside these two authorizations.

The appellants also brought a motion to quash O'Connell Dist. Ct. J.'s rulings and sought prohibition in the Supreme Court of Ontario in order to prevent him from admitting, in his capacity as trial judge, primary evidence obtained from the seven impugned District Court authorizations. This motion was heard and dismissed by Watt J. on September 10, 1987: *R. v. Durette* (1987), 61 O.R. (2d) 590, 37 C.C.C. (3d) 126. No appeal was taken from this decision.

The appellants appealed their convictions to the Court of Appeal *inter alia* in respect of the validity of the wiretap authorizations and the admissibility and use of the recordings intercepted pursuant thereto. On May 15, 1992, the Court of Appeal, Doherty J.A. dissenting, dismissed the appeal: *R. v. Durette* (1992), 9 O.R. (3d) 557, 54 O.A.C. 81, 72 C.C.C. (3d) 421. The appellants appeal to this Court as of right pursuant to s. 691(1)(*a*) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

II. Judgments Below

District Court (Judge O'Connell (*Wilson* motion))

The trial judge noted that he had edited the affidavits filed in support of the wiretap authorizations

appelants à citer deux autres policiers comme témoins. Le 24 juin 1987, le juge du procès a rejeté la demande d'annulation des sept autorisations accordées par la Cour de district.

Peu après cette audience, les appelants ont présenté une demande d'annulation visant les deux autorisations accordées par la Cour suprême de l'Ontario. Le juge Watt, qui a entendu cette demande, a révisé les affidavits déposés à l'appui des demandes d'autorisation en supprimant moins de passages que ne l'avait fait le juge O'Connell de la Cour de district à propos des mêmes affidavits avant de les remettre aux avocats de la défense. Il a, cependant, fini par rejeter la demande d'annulation.

Les appelants ont également demandé à la Cour suprême de l'Ontario d'annuler les décisions du juge O'Connell et ont saisi la cour d'une demande d'ordonnance de prohibition visant à empêcher ce dernier de juger admissible, en sa qualité de juge du procès, la preuve primaire obtenue grâce aux sept autorisations contestées, accordées par la Cour de district. Le juge Watt a entendu et rejeté cette requête le 10 septembre 1987: *R. c. Durette* (1987), 61 O.R. (2d) 590, 37 C.C.C. (3d) 126. Aucun appel n'a été formé contre sa décision.

Les appelants en ont appelé de leur déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel, mettant en question, entre autres, la validité des autorisations d'écoute électronique ainsi que l'admissibilité et l'utilisation en preuve des enregistrements des interceptions réalisées grâce à elles. Le 15 mai 1992, la Cour d'appel a rejeté l'appel, le juge Doherty étant dissident: *R. c. Durette* (1992), 9 O.R. (3d) 557, 54 O.A.C. 81, 72 C.C.C. (3d) 421. Les appelants se pourvoient de plein droit devant notre Cour en vertu de l'al. 691(1)*a*) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

II. Les juridictions inférieures

La Cour de district (le juge O'Connell (requête de type *Wilson*))

Le juge du procès a fait observer qu'il avait révisé les affidavits déposés à l'appui des

granted by Scott Dist. Ct. J. before providing those affidavits to defence counsel. He stated that "[t]he editing was undertaken to protect sensitive information, and the names of the informants."

The trial judge reviewed a number of authorities, including *Wilson v. The Queen*, *supra*, before concluding that, as a reviewing judge, he should not substitute his discretion for that of the authorizing judge unless the facts on which the authorizations were granted differed from the facts proved on the *ex parte* review. The trial judge also held that he was duty-bound to review the unedited affidavits that were put before the authorizing judge, even though defence counsel only had an edited version of those affidavits. He stated, "it seems to me impossible to review an affidavit and make a ruling as to whether a judge would have granted an authorization based on an affidavit without looking at that particular affidavit".

After reviewing the affidavits and the testimony of the affiants and two defence witnesses the trial judge concluded:

> It cannot be said that there is proven negligence amounting to material misrepresentation, material non-disclosure, or that there is misleading disclosure, fraud, or simply non-disclosure as to important facts, any of which would vitiate the authorizations.

The trial judge added that he would have come to the same conclusion with respect to the edited affidavits. He found that there was a basis for the issuance of the authorizations and that the affiants had reasonable and probable grounds to believe "as to what they deposed to by stating that all the matters deposed to were true to the best of their knowledge and belief and were relevant as to the issue of whether the judge would grant the authorization sought".

demandes d'autorisation d'écoute électronique accueillies par le juge Scott de la Cour de district avant de les remettre aux avocats de la défense. Il a expliqué que [TRADUCTION] «[l]a révision a été faite dans le but de protéger des renseignements de nature délicate ainsi que le nom des indicateurs.»

Il a examiné un certain nombre de décisions, dont l'arrêt *Wilson c. La Reine*, précité, et a conclu qu'en sa qualité de juge effectuant la révision, il ne pouvait substituer son appréciation à celle du juge qui avait accordé les autorisations, à moins que les faits ayant donné lieu à celles-ci ne diffèrent des faits établis au cours de l'audition *ex parte* de la demande de révision. Il a jugé également qu'il était tenu d'examiner les affidavits soumis au juge qui avait accordé les autorisations, dans leur version intégrale, même si les avocats de la défense ne disposaient que d'une version révisée. Il a affirmé: [TRADUCTION] «il me paraît impossible d'examiner un affidavit et de déterminer si un juge aurait accordé une autorisation sur la foi de ce document sans consulter l'affidavit en question».

Après avoir examiné les affidavits ainsi que le témoignage des déposants et de deux témoins de la défense, le juge du procès a conclu:

> [TRADUCTION] La preuve n'établit pas qu'il y a eu négligence équivalant à une déclaration substantiellement inexacte ou à une non-divulgation importante ou qu'il y a eu déclaration trompeuse, fraude ou simplement non-divulgation relativement à des faits importants, incidents qui pourraient tous vicier les autorisations.

Le juge du procès a ajouté qu'il serait parvenu à la même conclusion s'il avait examiné les affidavits révisés. Il a conclu que les autorisations étaient fondées et que les déposants avaient des motifs raisonnables et probables de croire [TRADUCTION] «ce qu'ils avaient déclaré, savoir que, pour autant qu'ils le sachent, leurs déclarations étaient vraies et se rapportaient à la question de savoir si le juge accorderait l'autorisation demandée».

Supreme Court of Ontario (motion before Watt J.) (1987), 61 O.R. (2d) 590

Watt J. emphasized that he did not view resort to the supervisory jurisdiction of the superior court as a substitute for the exercise of a statutory or other right of appeal. He made it clear that the only issue before him was whether the trial judge had the jurisdiction to determine the matter argued before him on the appellants' *Wilson* motion.

Watt J. held that the test to be applied in reviewing the ruling of the trial judge was whether there was some evidence upon which he could have been satisfied that there was some evidence before Scott Dist. Ct. J. upon which the latter could have been satisfied that there was compliance with the *Criminal Code* provisions. Watt J. found that the ruling of the trial judge passed this test. He also found that the trial judge neither breached the rules of natural justice nor exceeded his jurisdiction by limiting the scope of cross-examination of the affiants, or determining whether sub-affiants could be cross-examined and whether certain evidence should be received. Accordingly, Watt J. dismissed the appellants' motion to quash and accompanying application for prohibition.

Ontario Court of Appeal (1992), 72 C.C.C. (3d) 421

Finlayson J.A. (Brooke J.A. concurring)

Finlayson J.A. dealt with the issue of the validity of the wiretap authorizations and the admissibility and use of the taped recordings by considering the following objections: (a) "the failure to provide judicial summaries of edited material", (b) "the improper editing of affidavits supporting authorizations", and (c) "the refusal to permit examinations of police officers who had provided information to deponents of affidavits supporting authorizations". Referring to *Garofoli*, *supra*, he stated that the court should determine "whether what was done by the trial judge fell so far short of the spirit of the procedural standard suggested by

La Cour suprême de l'Ontario (requête entendue par le juge Watt) (1987), 61 O.R. (2d) 590

Le juge Watt a souligné qu'il ne considérait pas qu'on puisse faire appel au pouvoir de surveillance d'une cour supérieure au lieu de se prévaloir du droit d'appel prévu par la loi ou autrement. Il a établi clairement que tout ce qu'il avait à trancher était la compétence du juge du procès pour statuer sur la question qui lui a été soumise dans la requête de type *Wilson* présentée par les appelants.

Le juge Watt a statué que le critère applicable pour la révision de la décision du juge du procès consistait à déterminer s'il existait une preuve susceptible de convaincre ce dernier que le juge Scott de la Cour de district disposait d'éléments de preuve lui permettant de conclure que les dispositions du *Code criminel* avaient été respectées. Selon le juge Watt, la décision du juge du procès satisfaisait à ce critère, et celui-ci n'avait pas manqué aux règles de justice naturelle ni excédé sa compétence en restreignant la portée du contre-interrogatoire des déposants ou en statuant sur la possibilité de contre-interroger les sous-déposants et sur l'admissibilité de certains éléments de preuve. Par conséquent, le juge Watt a rejeté la requête en annulation présentée par les appelants ainsi que leur demande d'ordonnance de prohibition.

La Cour d'appel de l'Ontario (1992), 72 C.C.C. (3d) 421

Le juge Finlayson (avec l'appui du juge Brooke)

Le juge Finlayson a abordé la question de la validité des autorisations d'écoute électronique et celle de l'admissibilité et de l'utilisation des enregistrements en examinant les objections suivantes: a) [TRADUCTION] «le refus du juge de fournir des résumés des passages supprimés», b) «la révision injustifiée des affidavits déposés à l'appui des demandes d'autorisation», c) «le refus d'autoriser l'interrogatoire des policiers qui avaient fourni des renseignements aux auteurs des affidavits déposés à l'appui des demandes d'autorisation». Se référant à l'arrêt *Garofoli*, précité, il a déclaré que la cour devait déterminer [TRADUCTION] «si ce que le juge

Sopinka J. that we feel compelled to order a new trial" (p. 447).

Finlayson J.A. concluded that the appellants' case was not impaired by the trial judge's failure to provide summaries. He noted that the appellants had not requested summaries and emphasized that the real issue was the editing process used by the trial judge. Finlayson J.A. pointed out that the trial judge had advised counsel of the method he proposed to use in editing the affidavits and that there had been no objections to the proposed procedure at that time. However, Finlayson J.A. stated, "[i]n light of the differences between the versions of O'Connell J. and Watt J., who was in fact the author of *Parmar*, it is hard to argue that the trial judge properly applied the principles of that case" (p. 449). Finlayson J.A. noted that the trial judge's editing accurately reflected his statements to counsel regarding how he would proceed.

Finlayson J.A. then indicated that he had read all of the affidavits in their entirety. He described the excised information as "nothing more than a further recital, with specific examples, of how these biker gangs conducted their illegal drug operations" (p. 449). He was of the view that there was "an abundance of evidence to support the original authorizations" (p. 450). He went on to observe that he did not understand how the excised material could have assisted the appellants in opposing the admissibility of the wiretap evidence affecting them.

Finlayson J.A. stated that the trial judge may have been "over-cautious" in his editing but concluded that this did not amount to an error of law, or, if it did, then it occasioned no substantial wrong or miscarriage of justice. Finlayson J.A. agreed with the trial judge that the authorizations should not be set aside on the basis that "all known targets were not named" (p. 452). He also pointed out that defence counsel already "had a good idea" of what was contained in the affidavits since they

du procès a fait violait à ce point l'esprit des normes procédurales proposées par le juge Sopinka que nous nous estimons forcés d'ordonner la tenue d'un nouveau procès» (p. 447).

Le juge Finlayson a conclu que l'omission du juge du procès de fournir des résumés n'avait pas nui à la défense des appelants. Il a fait remarquer que ces derniers n'en avaient pas demandé et a souligné que le débat véritable portait sur le processus de révision des affidavits suivi par le juge du procès. Il a signalé que ce dernier avait expliqué aux avocats la méthode qu'il entendait employer, laquelle n'avait, à l'époque, suscité aucune objection. Toutefois, le juge Finlayson a reconnu que: [TRADUCTION] «[v]u les différences relevées entre la version du juge O'Connell et celle du juge Watt, qui est en fait l'auteur de la décision *Parmar*, il est difficile d'affirmer que le juge du procès a appliqué correctement les principes énoncés dans cette affaire» (p. 449). Il a fait remarquer, cependant, que la révision effectuée par le juge du procès reflétait fidèlement la méthode qu'il avait décrite aux avocats.

Le juge Finlayson a, par la suite, indiqué qu'il avait lu intégralement tous les affidavits. Selon lui, les passages supprimés ne contenaient [TRADUCTION] «rien de plus qu'une répétition, accompagnée d'exemples précis, de la description de la manière dont les clubs de motards effectuaient leur trafic de stupéfiants» (p. 449). Il a exprimé l'opinion que [TRADUCTION] «la preuve étayait amplement l'octroi des autorisations originales» (p. 450), ajoutant qu'il ne voyait pas comment les passages supprimés auraient pu aider les appelants à s'opposer à l'admissibilité des éléments de preuve les concernant obtenus par écoute électronique.

Le juge Finlayson a mentionné que le juge du procès avait pu se montrer [TRADUCTION] «exagérément prudent» dans sa révision, mais il a conclu que ce comportement ne constituait pas une erreur de droit ou que, s'il y avait eu erreur de droit, elle n'avait causé aucun tort important ou erreur judiciaire grave. Il a adhéré à l'opinion du juge du procès selon laquelle le fait que [TRADUCTION] «toutes les cibles connues n'étaient pas nommées» (p. 452) ne justifiait pas l'annulation des autorisations, fai-

had access to the versions of the affidavits which had been edited by Watt J. and Bowlby J. Finlayson J.A. concluded (at p. 453):

> On balance, I do not think the appellants . . . can show significant prejudice as a result of the editing process. In the absence of such prejudice, the failure of the trial judge to fully anticipate guidelines that would be set down by subsequent courts for editing affidavits is not sufficient, on appeal, to set aside the authorizations in question.

Doherty J.A. (dissenting)

Doherty J.A., relying on *Stinchcombe*, *supra*, stated that "[f]ull disclosure to the defence of all material information, subject to certain exceptions based on overriding public interest concerns, is now a constitutionally mandated standard" (p. 466). He held that affidavits filed in support of a wiretap authorization are "«clearly material» to the admissibility of the interceptions". Doherty J.A. concluded that disclosure of the full affidavit should be starting premise and anything less potentially impairs an accused's ability to make full answer and defence unless justified by the Crown "in accordance with established principles".

Doherty J.A. then stated that a deletion from an affidavit before it is disclosed to the defence derogates from "the goal of full public visibility of the administration of criminal justice" and "potentially adversely affects public confidence in our system of criminal justice". Therefore, a trial judge should "make only those deletions which are essential to give effect to confidentiality concerns that remain paramount as of the time the editing is sought" (p. 468).

sant remarquer que les avocats de la défense [TRADUCTION] «avaient déjà une bonne idée» de ce que contenaient les affidavits puisqu'ils avaient eu accès aux versions révisées de ceux-ci préparées par les juges Watt et Bowlby. Le juge Finlayson a conclu (à la p. 453):

> [TRADUCTION] Tout bien considéré, je ne crois pas que les appelants [. . .] soient en mesure d'établir que la révision leur a causé un préjudice appréciable. En l'absence d'un tel préjudice, le défaut du juge du procès de prévoir les lignes directrices applicables à la révision d'affidavits qui seraient énoncées par les tribunaux subséquents ne constitue pas un motif suffisant pour annuler, en appel, les autorisations en cause.

Le juge Doherty (dissident)

Le juge Doherty, s'appuyant sur l'arrêt *Stinchcombe*, précité, a déclaré que [TRADUCTION] «[l]a divulgation complète de tous les renseignements importants pour la défense, sous réserve de certaines exceptions fondées sur des considérations prépondérantes relevant de l'intérêt public, est devenue la norme imposée par la Constitution» (p. 466). Il a statué que les affidavits déposés à l'appui d'une demande d'autorisation d'écoute électronique sont [TRADUCTION] ««indéniablement importants» en ce qui a trait à l'admissibilité des interceptions». Il a conclu que le principe de base devrait être la divulgation intégrale de l'affidavit et que toute révision risquait de porter atteinte à la capacité d'un accusé de présenter une défense pleine et entière, à moins que le ministère public ne la justifie [TRADUCTION] «en conformité avec les principes établis».

Le juge Doherty a indiqué ensuite que la suppression de passages d'un affidavit avant sa divulgation à la défense trahissait [TRADUCTION] «l'objectif de transparence absolue de l'administration de la justice pénale» et [TRADUCTION] «pouvait miner la confiance du public envers notre système de justice pénale». Les juges de première instance ne devraient donc faire [TRADUCTION] «que les suppressions qui sont indispensables pour répondre aux préoccupations relatives à la confidentialité qui prévalent encore au moment où la révision est demandée» (p. 468).

Doherty J.A. concluded that O'Connell Dist. Ct. J. failed to apply the principles set out in *Parmar*, *supra*, in a number of respects (at pp. 471-73):

First, the trial judge edited the affidavits extensively without any input from the Crown or any information beyond that which appeared in the affidavits .... [T]he trial judge should have called upon the Crown to justify the continued need for confidentiality of those sources. Without that inquiry, there could be no valid assessment of what parts of the affidavit should be excised before they were turned over to the accused.

Secondly, the trial judge repeatedly indicated that he deleted "information from informants and others which is to be protected" .... The editing process is intended to protect sources of information not the information from those sources .... It appears that in editing the affidavits the trial judge sought not only to protect the identity of informants, but to exclude from defence scrutiny all information obtained from those informants. In doing so, he took much too broad an approach to the editing process.

Thirdly, the trial judge indicated that he had edited out of the affidavits material which he regarded as "commentary" or "opinion" or "summary". Such characterizations have no role in the editing process .... It may be that allegations properly characterized as "commentary" or "opinion" have no place in the affidavit. This is not, however, any reason to remove them from the affidavit during the editing process. Indeed, such comments may provide a fertile ground for cross-examination of the affiant.

Fourthly, the trial judge indicated that the editing of the same affidavits done by the judge who presided over the earlier trial of the first group of accused was "irrelevant" to his editing task .... [I]t was very relevant. The ongoing need to preserve the confidentiality of information contained in the affidavit is the only justification for deleting that information before turning the affidavits over to the accused. If that information is already in the public domain by virtue of an earlier judicial proceeding, then confidentiality can no longer be a legitimate concern. ....

Le juge Doherty a conclu que, à plusieurs égards, le juge O'Connell de la Cour de district a manqué aux principes énoncés dans la décision *Parmar*, précitée, aux pp. 471 à 473:

[TRADUCTION] Premièrement, le juge du procès a effectué une révision substantielle des affidavits sans y faire participer le ministère public et sans disposer d'autres renseignements que ceux qui figuraient dans ces documents. [. . .] [L]e juge du procès aurait dû demander au ministère public de justifier la nécessité de continuer à protéger la confidentialité de ces sources. En l'absence d'une telle enquête, le juge ne pouvait validement déterminer les parties de l'affidavit qui devaient être supprimées avant la remise des documents aux accusés.

Deuxièmement, le juge du procès a indiqué à maintes reprises qu'il avait supprimé des passages contenant «des renseignements provenant d'indicateurs ou d'autres personnes et nécessitant protection». [. . .] Le processus de révision vise à protéger les sources de renseignements, non les renseignements que celles-ci fournissent. [. . .] En révisant les affidavits, le juge du procès ne semble pas avoir voulu seulement protéger l'identité des indicateurs, mais aussi soustraire tous les renseignements provenant de ces derniers à l'examen des avocats de la défense. Il a ainsi donné beaucoup trop d'ampleur au processus de révision.

Troisièmement, le juge du procès a signalé qu'il avait supprimé des affidavits des passages qui, d'après lui, constituaient des «commentaires», des «opinions» ou des «résumés». Il n'y a pas lieu de procéder à de telles qualifications pendant le processus de révision. [. . .] Il est fort possible que des affirmations, qualifiées à juste titre de «commentaires» ou d'«opinions» n'aient pas leur place dans un affidavit. Cela ne constitue pas, toutefois, une raison de les écarter au cours du processus de révision. De fait, ces commentaires peuvent se révéler très utiles pour le contre-interrogatoire du déposant.

Quatrièmement, le juge du procès a déclaré que la révision des affidavits en cause par le juge présidant le procès, commencé plus tôt, du premier groupe d'accusés était «sans rapport» avec sa propre tâche de révision. [. . .] [E]lle était très pertinente. La nécessité de continuer à protéger des renseignements confidentiels contenus dans un affidavit est la seule justification de la suppression de ces renseignements dans les versions remises aux accusés. Si une poursuite judiciaire antérieure a fait tomber ces renseignements dans le domaine public, on ne peut plus légitimement chercher à en préserver la confidentialité. [. . .]

Fifthly and finally, the editing of two of the affidavits by Watt J. in the course of a "*Wilson*" application brought during this trial provides cogent evidence that the trial judge went well beyond what was required when editing the affidavits .... One can only conclude from this comparison that the trial judge went well beyond what was necessary to protect the public interest when he edited the two affidavits which were subsequently placed before Watt J.

The trial record compels the conclusion that the trial judge misapplied the factors relevant to the editing of the affidavits. An examination of the unedited affidavits which were made available to this court confirms that this misapplication resulted in considerable unwarranted editing of the affidavits.

Doherty J.A. held that the deletions kept from the appellants "a substantial body of material which they were entitled to have when mounting their challenge to the admissibility of the intercepted communications" (p. 476). Furthermore, the deletions prevented a proper and full inquiry into the validity of the authorizations. Therefore, he concluded that the trial judge committed an error in law. Doherty J.A. did not believe that the Crown had established that the improper editing of the affidavits did not result in a substantial wrong or miscarriage of justice. He stated that there was simply no way of knowing what might have come out on cross-examination if the appellants had been given proper access to the material in the affidavits. Therefore, there was no way of establishing that if the affidavits had been edited properly the impugned authorizations would have been upheld and that the wiretap evidence obtained pursuant to those authorizations would have been admissible against the appellants.

III. Relevant Legislation

Section 187 of the *Criminal Code* deals with the storage and removal of the material filed in support of an application for a wiretap authorization. At the time of the trial of this matter s. 187 provided:

187. (1) All documents relating to an application made pursuant to section 185 or subsection 186(6) or 196(2) are confidential and, with the exception of the

Cinquièmement et finalement, la révision de deux des affidavits par le juge Watt à l'occasion d'une demande de type «*Wilson*» présentée pendant le procès prouve de façon convaincante que le juge du procès a supprimé beaucoup plus de passages des affidavits qu'il n'était nécessaire. [. . .] Cette comparaison ne permet qu'une seule conclusion, savoir que le juge du procès est allé bien au-delà de ce que nécessitait la protection de l'intérêt public lorsqu'il a révisé les deux affidavits qui ont par la suite été soumis au juge Watt.

Le dossier du procès impose la conclusion que le juge du procès n'a pas correctement appliqué les facteurs pertinents pour la révision des affidavits. La cour a pu obtenir la version non révisée des affidavits, et leur examen confirme que cette erreur a mené à des suppressions injustifiées.

Selon le juge Doherty, la suppression de passages a privé les appelants d'une [TRADUCTION] «somme considérable de renseignements auxquels ils avaient droit pour la préparation de leur contestation de l'admissibilité des communications interceptées» (p. 476), et avait, en outre, empêché l'examen complet et approprié de la validité des autorisations. Il a donc conclu que le juge du procès a commis une erreur de droit. À son avis, le ministère public n'a pas établi qu'aucun tort important ou erreur judiciaire grave n'a résulté de la révision injustifiée. Il a ajouté que nul ne pouvait savoir ce qui aurait pu ressortir du contre-interrogatoire si les appelants avaient eu un accès adéquat au contenu des affidavits. Par conséquent, il était impossible de prouver que, si les affidavits avaient été correctement révisés, les autorisations contestées auraient été maintenues et les éléments de preuve obtenus au moyen de l'écoute électronique ainsi autorisée auraient été admissibles en preuve contre les appelants.

III. Les dispositions législatives pertinentes

L'article 187 du *Code criminel* porte sur la garde et l'enlèvement des documents déposés à l'appui d'une demande d'autorisation d'écoute électronique. Cet article, à l'époque du procès, était ainsi libellé:

187. (1) Tous les documents relatifs à une demande faite en application de l'article 185 ou des paragraphes 186(6) ou 196(2) sont confidentiels et, à l'exception de

authorization, shall be placed in a packet and sealed by the judge to whom the application is made immediately on determination of the application, and that packet shall be kept in the custody of the court in a place to which the public has no access or in such other place as the judge may authorize and shall not be

(*a*) opened or the contents thereof removed except

(i) for the purpose of dealing with an application for renewal of the authorization, or

(ii) pursuant to an order of a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 552; and

(*b*) destroyed except pursuant to an order of a judge referred to in subparagraph (*a*)(ii).

(2) An order under subsection (1) may only be made after the Attorney General or the Solicitor General by whom or on whose authority the application was made for the authorization to which the order relates has been given an opportunity to be heard.

This provision was repealed by *An Act to amend the Criminal Code, the Crown Liability and Proceedings Act and the Radiocommunication Act*, S.C. 1993, c. 40, s. 7 (Bill C-109), in force August 1, 1993. The relevant portions of the provision which replaced it are as follows:

187. (1) All documents relating to an application made pursuant to any provision of this Part are confidential and, subject to subsection (1.1), shall be placed in a packet and sealed by the judge to whom the application is made immediately on determination of the application, and that packet shall be kept in the custody of the court in a place to which the public has no access or in such other place as the judge may authorize and shall not be dealt with except in accordance with subsections (1.2) to (1.5).

. . .

(1.3) A provincial court judge, a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 552 may order that the sealed packet be opened and its contents removed for the purpose of copying and examining the documents contained in the packet.

(1.4) A judge or provincial court judge before whom a trial is to be held and who has jurisdiction in the prov-

l'autorisation, sont placés dans un paquet scellé par le juge auquel la demande est faite dès qu'une décision est prise au sujet de cette demande; ce paquet est gardé par le tribunal, en un lieu auquel le public n'a pas accès ou en tout autre lieu que le juge peut autoriser et il ne peut:

a) être ouvert et son contenu ne peut être enlevé, si ce n'est:

(i) soit pour traiter d'une demande de renouvellement de l'autorisation,

(ii) soit en application d'une ordonnance d'un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou d'un juge au sens de l'article 552;

b) être détruit, si ce n'est en application d'une ordonnance d'un juge mentionné au sous-alinéa *a*)(ii).

(2) Une ordonnance prévue au paragraphe (1) ne peut être rendue qu'après que le procureur général ou le solliciteur général qui a demandé l'autorisation à laquelle les documents visés par l'ordonnance se rapportent, ou sur l'ordre de qui cette demande a été faite, a eu la possibilité de se faire entendre.

Cette disposition a été abrogée par l'art. 7 de la *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif et la Loi sur la radiocommunication*, L.C. 1993, ch. 40 (projet de loi C-109), entrée en vigueur le 1er août 1993. Les dispositions pertinentes de cet article disposent:

187. (1) Tous les documents relatifs à une demande faite en application de la présente partie sont confidentiels et, sous réserve du paragraphe (1.1), sont placés dans un paquet scellé par le juge auquel la demande est faite dès qu'une décision est prise au sujet de cette demande; ce paquet est gardé par le tribunal, en un lieu auquel le public n'a pas accès ou en tout autre lieu que le juge peut autoriser et il ne peut en être disposé que conformément aux paragraphes (1.2) à (1.5).

. . .

(1.3) Un juge de la cour provinciale, un juge de la cour supérieure de juridiction criminelle ou un juge au sens de l'article 552 peut ordonner que le paquet scellé soit ouvert et son contenu retiré pour copie et examen des documents qui s'y trouvent.

(1.4) S'il a compétence dans la province où l'autorisation a été donnée, le juge ou le juge de la cour provin-

ince in which an authorization was given may order that the sealed packet be opened and its contents removed for the purpose of copying and examining the documents contained in the packet if

(*a*) any matter relevant to the authorization or any evidence obtained pursuant to the authorization is in issue in the trial; and

(*b*) the accused applies for such an order for the purpose of consulting the documents to prepare for trial.

. . .

(4) Where a prosecution has been commenced and an accused applies for an order for the copying and examination of documents pursuant to subsection (1.3) or (1.4), the judge shall not, notwithstanding those subsections, provide any copy of any document to the accused until the prosecutor has deleted any part of the copy of the document that the prosecutor believes would be prejudicial to the public interest, including any part that the prosecutor believes could

(*a*) compromise the identity of any confidential informant;

(*b*) compromise the nature and extent of ongoing investigations;

(*c*) endanger persons engaged in particular intelligence-gathering techniques and thereby prejudice future investigations in which similar techniques would be used; or

(*d*) prejudice the interests of innocent persons.

(5) After the prosecutor has deleted the parts of the copy of the document to be given to the accused under subsection (4), the accused shall be provided with an edited copy of the document.

(6) After the accused has received an edited copy of a document, the prosecutor shall keep a copy of the original document, and an edited copy of the document and the original document shall be returned to the packet and the packet resealed.

(7) An accused to whom an edited copy of a document has been provided pursuant to subsection (5) may request that the judge before whom the trial is to be held order that any part of the document deleted by the prosecutor be made available to the accused, and the judge shall order that a copy of any part that, in the opinion of the judge, is required in order for the accused to make full answer and defence and for which the provision of a

ciale devant lequel doit se tenir le procès peut ordonner que le paquet scellé soit ouvert et son contenu retiré pour copie et examen des documents qui s'y trouvent si les conditions suivantes sont réunies:

a) une question en litige concerne l'autorisation ou les éléments de preuve obtenus grâce à celle-ci;

b) le prévenu fait une demande à cet effet afin de consulter les documents pour sa préparation au procès.

. . .

(4) Dans le cas où une poursuite a été intentée et que le prévenu demande une ordonnance pour copie et examen des documents conformément aux paragraphes (1.3) ou (1.4), le juge ne peut, par dérogation à ces paragraphes, remettre une copie des documents au prévenu qu'après que le poursuivant a supprimé toute partie des copies qui, à son avis, serait de nature à porter atteinte à l'intérêt public, notamment si le poursuivant croit, selon le cas, que cette partie:

a) pourrait compromettre la confidentialité de l'identité d'un informateur;

b) pourrait compromettre la nature et l'étendue des enquêtes en cours;

c) pourrait mettre en danger ceux qui pratiquent des techniques secrètes d'obtention de renseignements et compromettre ainsi la tenue d'enquêtes ultérieures au cours desquelles de telles techniques seraient utilisées;

d) pourrait causer un préjudice à un innocent.

(5) Une copie des documents, après avoir été ainsi révisée par le poursuivant, est remise au prévenu.

(6) Une fois que le prévenu a reçu la copie, l'original est replacé dans le paquet, qui est scellé, et le poursuivant conserve une copie révisée des documents et une copie de l'original.

(7) Le prévenu à qui une copie révisée a été remise peut demander au juge devant lequel se tient le procès de rendre une ordonnance lui permettant de prendre connaissance de toute partie supprimée par le poursuivant; le juge accède à la demande si, à son avis, la partie ainsi supprimée est nécessaire pour permettre au pré-

judicial summary would not be sufficient, be made available to the accused.

This amended provision was not in force at any material time to the proceedings in issue here and my reference to it is not intended to express any opinion with respect to its interpretation. It is, however, helpful as a legislative comment on the principles stated in *Garofoli, supra.*

IV. Point in Issue

The sole point in issue is:

Did the Court of Appeal for Ontario err in law in concluding that the trial judge's editing of the affidavits in support of the wiretap authorizations did not prevent a proper and full inquiry into the validity of the authorizations, thereby depriving the appellants of the right to make full answer and defence?

V. Analysis

A. *General Principles*

I would allow the appeals substantially for the reasons delivered by Doherty J.A. in the Court of Appeal. Before explaining why I disagree with the decision of the majority in the Court of Appeal, I will review some of the general principles which apply to the disclosure of the contents of a wiretap affidavit to an accused person.

Under s. 187, the material filed in support of an application for a wiretap authorization is placed in a sealed packet to which the public normally has no access. That section, however, also permits the packet to be opened and the contents removed pursuant to an order of a judge. The judge hearing an application under this section has a broad discretion to decide whether or not to provide access to the packet. However, in the case of an accused, that discretion would not be exercised judicially or

venu de présenter une réponse et défense pleine et entière lorsqu'un résumé judiciaire serait insuffisant.

Ces dispositions modifiées n'étaient en vigueur à aucun moment de la présente espèce, et je ne cherche pas, en m'y reportant ici, à exprimer une quelconque opinion relativement à leur interprétation. Elles peuvent toutefois se révéler utiles à titre de commentaire du législateur sur les principes énoncés dans l'arrêt *Garofoli*, précité.

IV. La question en litige

La seule question en litige est la suivante:

La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que la révision, par le juge du procès, des affidavits déposés à l'appui des demandes d'autorisation d'écoute électronique n'avait pas empêché l'examen complet et approprié de la validité des autorisations, privant ainsi les appelants du droit de présenter une défense pleine et entière?

V. Analyse

A. *Les principes généraux*

Je suis d'avis d'accueillir les pourvois, essentiellement pour les mêmes motifs que le juge Doherty de la Cour d'appel. Avant d'expliquer pourquoi je ne puis souscrire à la décision rendue par la Cour d'appel à la majorité, j'examinerai quelques-uns des principes généraux applicables en matière de divulgation à un accusé du contenu d'un affidavit déposé à l'appui d'une demande d'autorisation d'écoute électronique.

Aux termes de l'art. 187, les documents déposés à l'appui d'une telle demande sont placés dans un paquet scellé auquel, normalement, le public n'a pas accès. Toutefois, cet article permet également l'ouverture du paquet et l'enlèvement de son contenu en application d'une ordonnance judiciaire. Le juge saisi d'une demande d'accès présentée en vertu de cette disposition jouit, pour en disposer, d'un large pouvoir discrétionnaire. Dans le cas d'un accusé, toutefois, ce pouvoir discrétionnaire

in conformity with the right under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to make full answer and defence unless access was provided: *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505. This is explicitly recognized in s. 187(5) which now states that the accused "shall" be given a copy of the material in the packet once it has been edited by the prosecutor.

The rule requiring that an accused automatically be given access to the sealed packet is based upon the fact that, as part of the right to make full answer and defence, the accused has the right to be given the opportunity to challenge the admissibility of evidence tendered by the Crown. The most effective way of challenging the admissibility of wiretap evidence is to challenge the validity of the authorizations pursuant to which that evidence was gathered. If the authorization is invalid then the admissibility of the wiretap evidence may be challenged on both statutory and constitutional grounds. The validity of a wiretap authorization turns upon whether the affidavit put before the issuing judge, as amplified by any evidence taken on review, provides a basis upon which that judge could have been satisfied that the pre-conditions for granting the authorization exist. The validity of the authorization is heavily dependent upon the contents of the affidavit. Therefore, the accused must be provided with access to the affidavit if he or she is to be given the opportunity to mount an effective challenge to the admissibility of wiretap evidence tendered by the Crown.

In *Garofoli*, I indicated that, in order to protect the public interest in law enforcement, and in particular the interest in protecting the identity of informers and the confidentiality of investigative techniques, a judge may edit a wiretap affidavit before providing it to the accused. The interests of law enforcement are adequately served if the judge considers the factors set out in *Parmar*, *supra*, at pp. 281-82, and approved of in *Garofoli*, *supra*, at p. 1460, before disclosing the contents of an affidavit to the accused. Those factors are:

n'est exercé judiciairement et en conformité avec le droit de présenter une défense pleine et entière prévu à la *Charte canadienne des droits et libertés* que si l'accès est accordé: *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505. Ce principe a été expressément reconnu au par. 187(5), qui prévoit, maintenant, qu'une copie des documents, après avoir été révisée par le poursuivant, «est» remise au prévenu.

La règle exigeant qu'un accusé ait automatiquement accès au paquet scellé tire son fondement de son droit, compris dans le droit de présenter une défense pleine et entière, d'avoir la possibilité de contester l'admissibilité de la preuve présentée par le ministère public. La façon la plus efficace de contester l'admissibilité d'éléments de preuve obtenus par écoute électronique consiste à mettre en doute la validité des autorisations ayant permis de les recueillir. Si l'autorisation est invalide, on peut alors contester l'admissibilité des éléments de preuve en invoquant l'illégalité et l'inconstitutionnalité. La validité d'une autorisation d'écoute électronique dépend de la question de savoir si l'affidavit soumis au juge saisi de la demande, complété par les éléments de preuve présentés à l'occasion de l'examen, pouvait légitimement convaincre ce juge de l'existence des conditions préalables à l'octroi de l'autorisation. Le contenu des affidavits influe donc beaucoup sur la validité de l'autorisation. Par conséquent, pour pouvoir contester efficacement l'admissibilité des éléments de preuve du ministère public obtenus au moyen de l'écoute électronique, l'accusé doit pouvoir avoir accès à l'affidavit.

Dans l'arrêt *Garofoli*, j'ai indiqué que, afin de protéger l'intérêt public en matière d'application de la loi et, en particulier, l'identité des informateurs et les techniques d'enquête, un juge peut réviser un affidavit accompagnant une demande d'autorisation d'écoute électronique avant de le remettre à un accusé. Le juge protège efficacement cet intérêt si, avant de divulguer le contenu d'un affidavit à l'accusé, il tient compte des facteurs suivants, énoncés dans la décision *Parmar*, précitée, aux pp. 281 et 282, et approuvés dans l'arrêt *Garofoli*, précité, à la p. 1460:

(a) whether the identities of confidential police informants, and consequently their lives and safety, may be compromised, bearing in mind that such disclosure may occur as much by reference to the nature of the information supplied by the confidential source as by the publication of his or her name;

(b) whether the nature and extent of ongoing law enforcement investigations would thereby be compromised;

(c) whether disclosure would reveal particular intelligence-gathering techniques thereby endangering those engaged therein and prejudicing future investigation of similar offences and the public interest in law enforcement and crime detection; and

(d) whether disclosure would prejudice the interests of innocent persons.

This aspect of the decision in *Garofoli* is now codified in s. 187(4) of the *Criminal Code*.

In *Garofoli, supra*, at p. 1461, I also suggested that the following procedure ought to be followed when disclosing the contents of wiretap affidavits to the accused:

1. Upon opening of the packet, if the Crown objects to disclosure of any of the material, an application should be made by the Crown suggesting the nature of the matters to be edited and the basis therefor. Only Crown counsel will have the affidavit at this point.

2. The trial judge should then edit the affidavit as proposed by Crown counsel and furnish a copy as edited to counsel for the accused. Submissions should then be entertained from counsel for the accused. If the trial judge is of the view that counsel for the accused will not be able to appreciate the nature of the deletions from the submissions of Crown counsel and the edited affidavit, a form of judicial summary as to the general nature of the deletions should be provided.

3. After hearing counsel for the accused and reply from the Crown, the trial judge should make a final determination as to editing, bearing in mind that editing is to be kept to a minimum and applying the factors listed above.

[TRADUCTION]

a) l'identité des informateurs confidentiels de la police, et donc leur vie et leur sécurité, peuvent-elles être compromises, sachant que la divulgation peut résulter tout autant de la mention de la nature des renseignements fournis par la source confidentielle que par la révélation de son nom?

b) la nature et l'étendue des enquêtes en cours seraient-elles ainsi compromises?

c) la divulgation révélerait-elle des techniques secrètes d'obtention de renseignements, mettant ainsi en danger ceux qui les pratiquent et compromettant la tenue d'enquêtes ultérieures sur des crimes semblables et l'intérêt public en matière d'application de la loi et de détection des crimes?

d) la divulgation porterait-elle préjudice aux intérêts d'innocents?

Cet aspect de l'arrêt *Garofoli* est maintenant codifié au par. 187(4) du *Code criminel*.

J'avais également, dans ce même arrêt, proposé que la divulgation du contenu de ce type d'affidavits à l'accusé se fasse selon la procédure suivante (à la p. 1461):

1. Au moment d'ouvrir le paquet, si le ministère public s'oppose à la divulgation de l'une ou l'autre des pièces, il devrait, dans une demande, indiquer la nature des éléments à supprimer et les raisons de le faire. Seul le substitut du procureur général aura l'affidavit à cette étape.

2. Le juge du procès devrait ensuite réviser l'affidavit comme l'a proposé le substitut du procureur de la Couronne et fournir une copie ainsi préparée à l'avocat de l'accusé. Il faudrait ensuite entendre les arguments de l'avocat de l'accusé. Si le juge du procès est d'avis que l'avocat de l'accusé ne sera pas en mesure d'apprécier la nature des éléments supprimés selon les recommandations du substitut du procureur général et l'affidavit ainsi produit, une sorte de résumé judiciaire quant à la nature générale des éléments supprimés devrait être fournie.

3. Après avoir entendu les arguments de l'avocat de l'accusé et la réponse du ministère public, le juge du procès devrait prendre une décision finale quant à la révision des documents, sans oublier qu'il faut la limiter au minimum et appliquer les facteurs précités.

4. After the determination has been made in (3), the packet material should be provided to the accused.

5. If the Crown can support the authorization on the basis of the material as edited, the authorization is confirmed.

6. If, however, the editing renders the authorization insupportable, then the Crown may apply to have the trial judge consider so much of the excised material as is necessary to support the authorization. The trial judge should accede to such a request only if satisfied that the accused is sufficiently aware of the nature of the excised material to challenge it in argument or by evidence. In this regard, a judicial summary of the excised material should be provided if it will fulfil that function. It goes without saying that if the Crown is dissatisfied with the extent of disclosure and is of the view that the public interest will be prejudiced, it can withdraw tender of the wiretap evidence.

4. Une fois la décision prise selon l'étape (3), les pièces du paquet devraient être remises à l'accusé.

5. Si le ministère public peut justifier l'autorisation sur le fondement des pièces révisées, l'autorisation est confirmée.

6. Cependant, si le texte révisé ne permet plus de justifier l'autorisation, le ministère public peut alors demander au juge du procès de tenir compte des éléments supprimés dans la mesure nécessaire pour justifier l'autorisation. Le juge du procès ne devrait accéder à cette demande que s'il est convaincu que l'accusé est suffisamment conscient de la nature des éléments écartés pour les contester dans sa plaidoirie ou par la preuve. À cet égard, un résumé judiciaire des éléments écartés devrait être fourni s'il peut remplir cette fonction. Il va sans dire que si le ministère public est en désaccord sur l'étendue de la divulgation et estime que l'intérêt public en subira un préjudice, il peut retirer la preuve recueillie par l'écoute électronique.

Two of the essential features of the above procedure have now been codified in s. 187 of the *Criminal Code*. First, s. 187(4) now makes it clear that editing wiretap affidavits is primarily the responsibility of the prosecutor. This reflects the fact that only the prosecutor will be able to assess whether there is an ongoing need to maintain the confidentiality of material contained in wiretap affidavits. In fact, in many cases it will be necessary for the prosecutor to consult with the police in order to make this determination. Second, s. 187(7) recognizes the right of the defence to have an opportunity to make submissions regarding the appropriateness of any proposed deletions.

Deux des éléments essentiels de la procédure décrite ci-dessus ont maintenant été incorporés à l'art. 187 du *Code criminel*. En premier lieu, le par. 187(4) établit clairement, maintenant, que la révision des affidavits relève principalement du poursuivant. Cette disposition marque le fait que seul le poursuivant est en mesure d'évaluer s'il est nécessaire de continuer à protéger la confidentialité du contenu des affidavits. De fait, le poursuivant devra, dans bien des cas, consulter la police pour pouvoir faire cette évaluation. En second lieu, le par. 187(7) reconnaît le droit de la défense d'avoir la possibilité de présenter des arguments concernant la légitimité de toute suppression proposée.

In *Garofoli*, *supra*, at pp. 1458 and 1460, I stated that during the editing process, the judge must strike a balance between the competing interests of law enforcement on the one hand, and the right of the accused to make full answer and defence on the other. I also stated at p. 1461 that editing is to be kept to a minimum. See also *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), at p. 43. The present case provides a convenient opportunity to add that the need for editing should not be presumed.

Dans l'arrêt *Garofoli*, précité, aux pp. 1458 et 1460, j'ai affirmé que le juge, au cours de la révision, doit soupeser les intérêts opposés que sont, d'une part, l'application de la loi et, d'autre part, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. J'ai affirmé aussi, à la p. 1461, qu'il fallait limiter le plus possible la révision. Voir également *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), à la p. 43. La présente affaire me fournit, fort à propos, l'occasion d'ajouter que la nécessité de la révision ne se présume pas.

The *Charter* guarantee of the right to make full answer and defence requires that, as a general rule, all relevant information in the possession of the state be disclosed to an accused. In order to justify non-disclosure the Crown must bring itself within an exception to that general rule: *Stinchcombe*, *supra*, at pp. 340-41; and *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, at pp. 466-67. This may be done by showing that the public interest in non-disclosure outweighs the accused's interest in disclosure. However, I agree with the following statement by Doherty J.A., at p. 466:

> Apart from public interest concerns which may operate in a particular case, I see no reason why an accused should not be entitled to see exactly what the judge saw who relied on the affidavits to issue the authorization. Disclosure of the full affidavit should be the starting premise. Anything less potentially impairs an accused's ability to make full answer and defence and must be justified by the Crown in accordance with established principles. Editing of these affidavits is best viewed as a necessary evil.

In summary, when determining whether the contents of wiretap affidavits should be disclosed to an accused, full disclosure should be the rule, subject only to certain exceptions based upon overriding public interests which may justify non-disclosure. The affidavits should only be edited to the extent necessary to protect those overriding public interests.

B. *Application to the Present Case*

1. Did the trial judge err in adopting the procedure which he did?

The trial judge was of the opinion that he had edited the affidavits in accordance with the procedure suggested in the authorities put before him. It is difficult to determine on the basis of the record before this Court whether he was justified in holding this view.

On the one hand, the procedure adopted by the trial judge in this case was less than ideal because he carried out the bulk of the editing before receiv-

Le droit de présenter une défense pleine et entière garanti par la *Charte* exige, de façon générale, que la totalité des renseignements pertinents en la possession de l'État soit divulguée à l'accusé. Pour justifier toute non-divulgation, le ministère public doit invoquer l'application d'une exception à cette règle générale: *Stinchcombe*, précité, aux pp. 340 et 341, et *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, aux pp. 466 et 467. Il peut le faire en démontrant que l'intérêt public à la non-divulgation l'emporte sur celui de l'accusé à la divulgation. Toutefois, je souscris à l'énoncé suivant du juge Doherty (à la p. 466):

> [TRADUCTION] Mises à part les considérations relatives à l'intérêt public qui peuvent exister dans des cas particuliers, je ne conçois pas pourquoi un accusé ne pourrait pas avoir le droit de voir exactement ce qu'a vu le juge qui s'est fondé sur les affidavits pour accorder l'autorisation. Le principe de base devrait être la divulgation intégrale de l'affidavit. Toute révision risque de porter atteinte à la capacité d'un accusé de présenter une défense pleine et entière et doit être justifiée par le ministère public en conformité avec les principes établis. La révision est, au mieux, un mal nécessaire.

En résumé, lorsqu'il s'agit de déterminer si le contenu des affidavits doit être divulgué à un accusé, la divulgation intégrale est la règle, sous réserve de seulement quelques exceptions fondées sur des considérations prépondérantes d'intérêt public pouvant justifier la non-divulgation. Les affidavits ne devraient être révisés que dans la mesure nécessaire pour protéger ces intérêts publics prépondérants.

B. *Application à la présente espèce*

1. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en adoptant la procédure qu'il a suivie?

Le juge du procès a estimé qu'il avait révisé les affidavits conformément à la procédure proposée dans la jurisprudence qui lui a été soumise. Le dossier dont dispose la Cour permet difficilement d'évaluer s'il avait raison ou tort.

D'une part, la procédure adoptée par le juge du procès laissait beaucoup à désirer parce qu'il a effectué le gros de la révision avant que le minis-

ing any information from the Crown regarding which material was confidential. As Doherty J.A. pointed out, the affidavits in question were sworn some three or four years before the time of trial. In addition, the police investigation was completed before the trial. Under the circumstances it is difficult to see how the trial judge could have made an informed decision as to whether there was a continuing need for confidentiality at the time of trial. The procedure adopted in the present case may also be faulted because the trial judge gave defence counsel very little information about the nature of the proposed deletions, beyond the statement that, in his view, all of the deletions could be justified on the basis of the factors set out in *Parmar*. This prevented the defence from making effective submissions regarding the appropriateness of the proposed deletions.

tère public ne lui fournisse des données concernant la confidentialité des différents renseignements. Comme l'a fait remarquer le juge Doherty, les affidavits visés avaient été souscrits quelque trois ou quatre ans avant la date du procès et l'enquête policière avait pris fin avant le procès. Dans ces circonstances, on conçoit mal comment, au moment du procès, le juge pouvait prendre une décision éclairée sur la nécessité de continuer à préserver la confidentialité des renseignements. La procédure adoptée a également pu être viciée du fait que le juge du procès a donné très peu de renseignements à la défense concernant la nature des passages qu'il se proposait de supprimer, mise à part l'affirmation voulant que, selon lui, toutes les suppressions aient été justifiées au regard des facteurs énoncés dans la décision *Parmar*. La défense n'a pu, à cause de cela, présenter une argumentation efficace concernant la légitimité des suppressions proposées.

On the other hand, it must be borne in mind that the trial judge edited these affidavits over three years before the decision in *Garofoli* was rendered. At that time one of the most authoritative cases regarding the editing of wiretap affidavits was the decision of Watt J. in *Parmar*. The procedure followed by the trial judge was generally similar to the one adopted by Watt J. in *Parmar* and subsequently approved of in *Rowbotham, supra*, at p. 43. It is also important to recall that the procedure set out in *Garofoli* was not intended to be either exclusive or exhaustive. Finally, it should be noted that Crown did have some input during the editing process. While reviewing the judge's proposed deletions, the Crown consulted with a police officer and in a few cases suggested that material deleted by the trial judge should be disclosed to the accused.

D'autre part, il importe de garder à l'esprit que le juge du procès a révisé ces affidavits plus de trois ans avant l'arrêt *Garofoli*. À ce moment-là, l'une des décisions les plus suivies en matière de révision des affidavits déposés à l'appui de demandes d'autorisation d'écoute électronique était la décision rendue par le juge Watt dans l'affaire *Parmar*. De façon générale, la procédure suivie par le juge du procès ressemblait à celle qu'avait adoptée le juge Watt dans cette affaire et qui avait été subséquemment approuvée dans la décision *Rowbotham*, précitée, à la p. 43. Il importe en outre de se rappeler que la procédure établie dans l'arrêt *Garofoli* ne se voulait ni exclusive ni exhaustive. Il faut, enfin, signaler que le ministère public a tout de même participé au processus de révision. Au cours de l'examen des passages dont le juge proposait la suppression, le ministère public a consulté un policier et a conseillé le rétablissement de quelques-uns de ces passages pour divulgation aux accusés.

In light of the above it is difficult to determine whether or not the procedure adopted by the trial judge fell so far short of the standard set in *Garofoli* as to amount to an error of law. I do not think that it is necessary to express any opinion

Devant ces faits, il est difficile de déterminer si la procédure adoptée par le juge du procès a péché contre les normes énoncés dans l'arrêt *Garofoli* au point de constituer une erreur de droit. Je crois que la conclusion à laquelle je suis parvenu quant à

upon this point because of the conclusion which I reach regarding whether the trial judge departed from the principles set out in *Parmar* and subsequently approved of in *Garofoli* in determining what to edit.

2. Did the trial judge err in determining what to edit?

The respondent submitted with some force that the trial judge had complied with the requirements of *Parmar* and therefore he should not be reversed just because the rules changed after *Parmar*. Without agreeing with the premise of this submission that an error of law is excused if based on case law that is later changed, I propose to address this submission in order to explain why I agree with Doherty J.A. that the learned trial judge did not comply with *Parmar*.

In my view the record clearly shows that the trial judge edited the affidavits before him more extensively than was necessary to protect the public interest. As stated above, non-disclosure can only be justified on the basis that disclosure will prejudice the interests of informants, innocent persons or the law enforcement authorities and that such prejudice overbears the interests of the accused. If, however, the information has ceased to be confidential, then the justification for non-disclosure disappears. Here the trial judge was aware that Bowlby J. had edited the same affidavits and could presume that this version had become public at the trial before Bowlby J. We are advised that the trial judge edited out information that had not been edited by Bowlby J. and therefore was public. The trial judge considered that this was not relevant. With respect, this ignores the basic premise of non-disclosure, i.e. that it is only confidential information that qualifies. I agree with Doherty J.A. that the affidavits as edited by Bowlby J.

savoir si le juge a observé, en déterminant les passages à supprimer, les principes énoncés dans la décision *Parmar* et confirmés par l'arrêt *Garofoli*, me dispense de me prononcer sur ce point.

2. Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans la détermination des passages à supprimer?

L'intimée a soutenu assez énergiquement que le juge du procès s'était conformé aux exigences énoncées dans la décision *Parmar* et que la Cour ne devait donc pas infirmer sa décision simplement parce que les règles avaient été modifiées par la suite. Sans souscrire à la prémisse de cet argument voulant qu'une erreur de droit soit excusée lorsqu'elle repose sur une jurisprudence modifiée ultérieurement, je me propose d'expliquer pourquoi j'adhère à l'opinion du juge Doherty selon laquelle le juge du procès n'a pas observé les règles établies dans la décision *Parmar*.

À mon avis, il ressort nettement du dossier que le juge du procès a supprimé des affidavits qu'il avait devant lui plus de passages qu'il n'était nécessaire pour protéger l'intérêt public. Comme je l'ai déjà dit, la non-divulgation ne se justifie que lorsque la divulgation causerait préjudice aux indicateurs, à des personnes innocentes ou aux autorités chargées d'appliquer la loi et que ce préjudice l'emporte sur les intérêts de l'accusé. Toutefois, si les renseignements ont perdu leur caractère confidentiel, la justification de la non-divulgation disparaît. En l'espèce, le juge du procès savait que le juge Bowlby avait révisé les mêmes affidavits, et il pouvait présumer que cette version était devenue publique au cours du procès tenu devant ce dernier. Nous avons été informés que le juge du procès avait supprimé des passages que le juge Bowlby avait laissés dans les affidavits et qui étaient donc devenus publics. Le juge du procès a estimé que cette révision était sans rapport avec la sienne. Je me permets de signaler que cette position ne tient pas compte du principe fondamental de la non-divulgation, savoir que seuls les renseignements confidentiels remplissent les conditions requises. Comme le juge Doherty, j'estime que le

should have been the starting point for the trial judge.

Furthermore, the trial judge edited out material which in both the majority and minority reasons is acknowledged not to relate to the identity of informers nor to any of the other factors that justify non-disclosure. In fact, in his comments to counsel the trial judge suggested that he had excised not only information which might tend to identify informants, but also information obtained from informants and others. This clearly was a departure from *Parmar*. The trial judge also departed from *Parmar* and erred in excising material which he characterized as "commentary", "summary" or "opinion".

Trial judges must be granted some discretion to determine what editing is required to ensure that the public interest is protected. However, that discretion does not include the power to edit material whose continued confidentiality clearly is not justified by any of the public interest concerns identified in *Parmar*. The fact that the same affidavits were edited by both Watt J. who wrote *Parmar* and the trial judge and the fact that the latter made substantial deletions while the former made almost no deletions indicates that there was more than a difference in application of *Parmar* but the principles of *Parmar* were not being applied. One of those principles is that editing is to be kept to a minimum: *Parmar*, *supra*, at p. 282. This principle clearly was not respected in the present case.

In order to conclude that a failure to disclose information to the defence amounts to a denial of the right to make full answer and defence, the court must consider the nature of the information withheld and whether it might have affected the outcome of the case: *Stinchcombe*, *supra*, at p. 348. Although he agreed that the trial judge had not complied with *Parmar*, Finlayson J.A. concluded that he did not commit any error in law, or alternatively, that any error occasioned no substantial wrong or miscarriage of justice, because counpoint de départ du juge du procès aurait dû être la version des affidavits révisée par le juge Bowlby.

De plus, le juge du procès a supprimé des passages qui n'avaient aucun lien avec l'identité d'indicateurs ni avec d'autres facteurs justifiant la non-divulgation, ce qui a été reconnu autant par les juges de la majorité que par le juge dissident. De fait, dans les remarques qu'il a adressées aux avocats, le juge du procès a indiqué qu'il n'avait pas écarté que des renseignements susceptibles de mener à l'identification d'indicateurs, mais également des renseignements obtenus d'indicateurs et d'autres personnes. De toute évidence, le juge s'éloignait ainsi de la décision *Parmar*. Il s'en est éloigné également, et a commis une erreur, en supprimant des passages qu'il a qualifiés de «commentaires», de «résumés» ou d'«opinions».

Les juges de première instance doivent disposer d'un certain pouvoir discrétionnaire pour décider de la révision qu'il convient d'effectuer afin de s'assurer que l'intérêt public est protégé. Ce pouvoir, toutefois, ne comprend pas celui de supprimer des renseignements qu'il n'est manifestement plus justifié de garder confidentiels pour l'un des motifs d'intérêt public énumérés dans la décision *Parmar*. Le fait que l'auteur de cette dernière décision, le juge Watt, et le juge du procès ont tous deux révisé les mêmes affidavits et que ce dernier a procédé à des suppressions substantielles tandis que le juge Watt n'a écarté presque aucun renseignement indique que, plus que d'une différence d'application des principes de la décision *Parmar*, il s'agit, en fait, de la non-application de ceux-ci. L'un de ces principes établit qu'il faut limiter le plus possible la révision: *Parmar*, précité, à la p. 282. De toute évidence, ce principe n'a pas été respecté en l'espèce.

Pour déterminer si la non-divulgation de renseignements à la défense a porté atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, le tribunal doit examiner la nature des renseignements non divulgués et se demander s'ils auraient pu influer sur l'issue du litige: *Stinchcombe*, précité, à la p. 348. Tout en convenant que le juge du procès ne s'était pas conformé à la décision *Parmar*, le juge Finlayson de la Cour d'appel a conclu qu'il n'avait pas commis d'erreur de droit ou que, s'il en avait commis une, elle n'avait pas causé un

sel for the appellants could not show that they were significantly prejudiced by the trial judge's editing. With respect, I think that Finlayson J.A. erred in placing the onus upon the appellants to show how the excised material might have been useful to their case. As Doherty J.A. stated at p. 477, in concluding that s. 686(1)(*b*)(iii) was inapplicable:

It is particularly inappropriate to place any onus on the appellants to demonstrate prejudice flowing from the error revealed in this case. The appellants have not seen the unedited affidavits. How can they be expected to show prejudice flowing from the improper editing of those affidavits when they have no idea what information was improperly kept from them? Placing an onus on the appellants to demonstrate prejudice from the denial of appropriate access to the affidavits is akin to the now rejected contention that an accused had to show fraud before she could obtain an order directing the opening of the sealed packet. In both cases the accused is placed in the untenable position of being denied access to the very material which is crucial to demonstrating either prejudice or fraud.

In my view, by showing that the trial judge excised a substantial amount of material whose continued confidentiality could not be justified on the basis of the factors set out in *Parmar*, the appellants have established, *prima facie*, that their ability to make full answer and defence was prejudiced in that they were denied the opportunity to conduct a full inquiry into the validity of the seven wiretap authorizations challenged before the trial judge. The appellants should not be required to demonstrate the specific use to which they might put information which they have not even seen. The respondent has not been able to satisfy me that no prejudice occurred and an appellate court which does not have the benefit of access to counsel's brief cannot be expected to speculate in these circumstances. I must conclude, therefore, that the ability of the appellants to make full answer and defence was compromised.

tort important ou une erreur judiciaire grave, parce que les avocats des appelants n'avaient pu démontrer que la révision effectuée par le juge du procès leur avait nui de façon notable. Avec égards, je crois que le juge Finlayson s'est trompé en imposant aux appelants la charge de démontrer comment les renseignements supprimés auraient pu être utiles à leur défense. Ainsi que le juge Doherty l'a affirmé en concluant que le sous-al. 686(1)*b*)(iii) était inapplicable (à la p. 477):

[TRADUCTION] Il est particulièrement inadéquat d'imposer aux appelants la charge de prouver que l'erreur révélée en l'espèce leur a causé préjudice. Les appelants n'ont pas vu la version non révisée des affidavits. Comment peut-on s'attendre à ce qu'ils démontrent que la révision injustifiée de ces documents leur a été préjudiciable, alors qu'ils n'ont pas la moindre idée des renseignements qui leur ont été cachés de façon illégitime? Faire reposer sur les appelants la charge d'établir qu'en leur refusant un accès suffisant aux affidavits on leur a causé un préjudice revient à dire qu'un accusé doit prouver qu'il y a eu fraude avant d'obtenir une ordonnance visant l'ouverture du paquet scellé, prétention qui est maintenant rejetée. Dans les deux cas, l'accusé se trouve dans la position intenable d'avoir à prouver soit le préjudice, soit la fraude, sans avoir accès aux documents mêmes qui lui sont essentiels pour établir cette preuve.

À mon avis, en démontrant que le juge du procès a supprimé des affidavits une grande quantité de renseignements qu'il n'était pas justifié de continuer à garder confidentiels pour les motifs énumérés dans la décision *Parmar*, les appelants ont fait la preuve *prima facie* que leur capacité de présenter une défense pleine et entière a été entravée, car on leur a refusé la possibilité d'examiner à fond la validité des sept autorisations d'écoute électronique contestées devant le juge du procès. Les appelants ne devraient pas être obligés de démontrer l'usage exact qu'ils pourraient faire de renseignements qu'ils n'ont même pas vus. L'intimée n'a pu me convaincre qu'aucun préjudice n'a été causé, et on ne peut attendre d'un tribunal d'appel qui n'a pas accès au dossier des avocats qu'il fasse des conjectures dans les circonstances. Il me faut donc conclure qu'il y a eu atteinte à la capacité des appelants de présenter une défense pleine et entière.

The respondent submits that regardless of whether the trial judge erred in editing the affidavits, it is a complete answer to these appeals that each of the affidavits as edited by the trial judge disclosed sufficient grounds to sustain the relevant authorizations. The respondent takes the position that there is no need to consider the excised portions of the affidavit if the authorization can be supported exclusively on the basis of the affidavit as edited. However, this submission ignores the fact that the material contained in the excised material may be used to impugn the contents of the portions of the affidavit which have been disclosed. In the absence of overriding policy concerns which justified confidentiality, the appellants were entitled to have the opportunity to use the deleted material in this fashion. As Doherty J.A. put it at p. 478, "[i]t may be that the appellants, armed with the deleted information taken in combination with additional information which they may have had, could have demonstrated the inaccuracy of allegations made in the affidavits, or fraud, or culpable non-disclosure".

The trial judge reviewed the material which had been deleted from the affidavits in the course of assessing the validity of the authorizations. In doing so he presumably considered whether any of that material detracted from the contents of the portions of the affidavits which were disclosed. However, this judicial screening of the material which was improperly withheld from the appellants did not cure the failure to make proper disclosure. The trial judge did not have access to the same information as the defence. The fact that the trial judge may not have seen how the excised material could have assisted the appellants does not necessarily mean that defence counsel would not have found a way to use that material to their advantage.

3. Is Section 686(1)(*b*)(iii) applicable?

This is not an appropriate case in which to apply s. 686(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code*. The wiretap evidence obtained pursuant to the impugned authorizations formed a substantial part of the evidence against the appellants. The fact that the appellants

L'intimée soutient que, sans égard à la question de savoir si le juge du procès a ou non commis une erreur en révisant les affidavits, le fait que chacun d'eux, dans sa version révisée, révèle des motifs suffisants de maintenir l'autorisation visée suffit à disposer entièrement des présents pourvois. Elle plaide qu'il n'est pas nécessaire d'examiner les passages supprimés d'un affidavit s'il est possible d'étayer l'autorisation en se fondant exclusivement sur l'affidavit révisé. Cet argument, cependant, ne tient pas compte du fait que les renseignements contenus dans les passages supprimés pourraient servir à attaquer le contenu des parties de l'affidavit qui ont été divulguées. En l'absence de considérations de principe prépondérantes justifiant la confidentialité, les appelants devaient avoir la possibilité d'utiliser de cette façon les passages supprimés. Ainsi que l'a exposé le juge Doherty (à la p. 478) [TRADUCTION] «[l]es appelants auraient peut-être pu, armés des renseignements supprimés combinés à ceux qu'ils avaient déjà en main, démontrer l'inexactitude des déclarations faites dans les affidavits, la fraude ou la non-divulgation coupable».

Pour déterminer la validité des autorisations, le juge du procès a examiné les renseignements qui avaient été supprimés des affidavits révisés. On peut présumer qu'au cours de cet examen, il a vérifié si ces renseignements n'amoindrissaient pas la valeur de ceux qui figuraient dans les parties des affidavits qui ont été communiquées. Cependant, l'examen judiciaire des renseignements qui ont été illégitimement cachés aux appelants n'a pas remédié à l'absence de divulgation appropriée. Le juge du procès n'a pas eu accès aux mêmes renseignements que la défense. Le fait qu'il n'ait pas vu en quoi les passages supprimés auraient pu être utiles aux appelants ne signifie pas nécessairement que les avocats de la défense n'auraient pas trouvé un moyen de s'en servir à leur avantage.

3. Le sous-alinéa 686(1)*b*)(iii) est-il applicable?

La présente espèce ne donne pas ouverture à l'application du sous-al. 686(1)*b*)(iii) du *Code criminel*. Les éléments de preuve obtenus par écoute électronique en vertu des autorisations contestées constituent une partie importante de la preuve pré-

were deprived of the right to make full answer and defence when challenging the admissibility of that evidence necessarily means that a new trial must be ordered. It is impossible to say that the verdicts against the appellants would necessarily have been the same if the defence had succeeded in establishing that even one of the impugned authorizations was invalid.

The respondent submits that each of the impugned affidavits should be examined individually to determine whether any over-editing occurred and the Court should examine the packets and original unedited affidavits to determine the extent to which the appellants are specifically named or dealt with in the excised material. The respondent adds that, if over-editing is found in a particular affidavit, to the extent that it can be said that the trial judge failed to act judicially, the Court must determine whether any conversations were intercepted pursuant to the relevant authorization and if so, whether any of those calls were incriminating.

There are a number of reasons why the respondent's submission must be rejected. First, if any authorizations were set aside by this Court on the grounds that the appellants were not afforded a proper opportunity to test their validity, the validity of subsequent authorizations would be placed in doubt to the extent that they were issued on the basis of evidence obtained pursuant to the invalidated authorizations. Second, even though the appellants were not directly incriminated by the conversations recorded pursuant to some of the authorizations, incriminating remarks made by other individuals during those conversations were admitted as evidence against the appellants under the co-conspirator's exception to the rule against hearsay. Third, if any of the wiretap evidence had been declared inadmissible, an unknown portion of the other evidence against the appellants may have been rendered inadmissible as derivative evidence. The combined effect of these factors makes it impossible to conclude that the verdicts entered against the appellants would necessarily have been

sentée contre les appelants. Le fait que ceux-ci ont été privés du droit de présenter une défense pleine et entière lorsqu'ils ont contesté l'admissibilité de ces éléments de preuve implique nécessairement qu'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Il est impossible d'affirmer que les verdicts prononcés contre les appelants auraient nécessairement été les mêmes si la défense avait réussi à établir l'invalidité de ne serait-ce qu'une des autorisations.

L'intimée fait valoir que la Cour devrait examiner chacun des affidavits en cause afin de déterminer s'il y a eu surrévision et qu'elle devrait faire de même avec les paquets scellés et les affidavits originaux non révisés afin de déterminer dans quelle mesure les appelants sont expressément nommés ou visés dans les passages supprimés. Elle ajoute que, si elle conclut qu'un affidavit particulier a été surrévisé, la Cour doit déterminer, dans la mesure où on peut dire que le juge du procès n'a pas agi judiciairement, si des conversations ont été interceptées en vertu des autorisations visées et, le cas échéant, si l'une ou l'autre d'entre elles étaient incriminantes.

La Cour ne peut accepter cet argument pour plusieurs raisons. Premièrement, si la Cour devait annuler une autorisation parce que les appelants n'ont pas dûment bénéficié de la possibilité d'en contester la validité, cette décision pourrait faire douter de la validité d'autorisations subséquentes qui auraient pu être accordées sur la foi d'éléments de preuve obtenus en vertu de l'autorisation invalidée. Deuxièmement, même si les conversations enregistrées en vertu de certaines autorisations n'incriminaient pas directement les appelants, des remarques incriminantes faites par d'autres personnes au cours de ces conversations ont été utilisées en preuve contre les appelants en application de l'exception à la règle du ouï-dire visant les autres comploteurs. Troisièmement, si un élément de preuve quelconque obtenu par écoute électronique avait été jugé inadmissible, une portion inconnue des autres éléments de preuve à charge aurait pu devenir inadmissible à titre de preuve dérivée. L'effet combiné de ces facteurs s'oppose à toute conclusion que les verdicts prononcés contre

the same if they had succeeded in challenging the validity of one or more of the wiretap authorizations.

VI. Conclusion

Under the circumstances, I am compelled to conclude that the trial judge erred in law by editing the affidavits in such a way that the appellants were denied the right to make full answer and defence. This error cannot be cured by the application of s. 686(1)(*b*)(iii). I therefore agree with Doherty J.A. that the appeals must be allowed, the convictions quashed and a new trial ordered.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — These appeals concern judge-made legal rules which governed legally authorized wiretapping of telephone conversations. The legislative provision at the heart of these cases is s. 178.14(1)(*a*)(ii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (enacted by the *Protection of Privacy Act*, S.C. 1973-74, c. 50, s. 2), which read at the time:

178.14 (1) All documents relating to an application made pursuant to section 178.12 or subsection 178.13(3) or 178.23(3) are confidential and, with the exception of the authorization, shall be placed in a packet and sealed by the judge to whom the application is made immediately upon determination of such application, and such packet shall be kept in the custody of the court in a place to which the public has no access or in such other place as the judge may authorize and shall not be

(*a*) opened or the contents thereof removed except

(i) for the purpose of dealing with an application for renewal of the authorization, or

(ii) pursuant to an order of a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 482; [Emphasis added.]

(Later R.S.C., 1985, c. C-46, s. 187 (as am. by c. 27 (1st Supp.), s. 24).)

les appelants auraient nécessairement été les mêmes si ces derniers avaient réussi à faire déclarer invalides une ou plusieurs des autorisations d'écoute électronique.

VI. Conclusion

Dans ces circonstances, je n'ai d'autre choix que de conclure que le juge du procès a commis une erreur de droit en révisant les affidavits d'une façon qui a privé les appelants du droit de présenter une défense pleine et entière, erreur que ne peut réparer l'application du sous-al. 686(1)*b*)(iii). Je souscris, par conséquent, à la conclusion du juge Doherty selon laquelle il y a lieu d'accueillir les pourvois, d'annuler les déclarations de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Les motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Ces appels concernent les règles juridiques d'origine jurisprudentielle qui ont régi l'écoute électronique légalement autorisée de conversations téléphoniques. La disposition législative qui est au cœur de ces pourvois est le sous-al. 178.14(1)*a*)(ii) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (édicté par la *Loi sur la protection de la vie privée*, S.C. 1973-74, ch. 50, art. 2), qui prévoyait à l'époque:

178.14 (1) Tous les documents relatifs à une demande faite en application de l'article 178.12 ou des paragraphes 178.13(3) ou 178.23(3) sont confidentiels et, à l'exception de l'autorisation, doivent être placés dans un paquet scellé par le juge auquel la demande est faite dès qu'une décision est prise au sujet de cette demande; ce paquet doit être gardé par le tribunal, en un lieu auquel le public n'a pas accès ou en tout autre lieu que le juge peut autoriser et il ne doit pas

a) être ouvert et son contenu ne doit pas être enlevé, si ce n'est

(i) pour traiter d'une demande de renouvellement de l'autorisation, ou

(ii) en application d'une ordonnance d'un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou d'un juge défini à l'article 482; [Je souligne.]

(Devenu L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 187 (mod. par ch. 27 (1er suppl.), art. 24).)

We are concerned here with subpara. (ii). The appellants sought the opening of the sealed packets containing the evidence. Those, in the form of affidavits, were submitted to a judge for the purpose of authorizing the wiretap of the appellants' and others' telephone conversations in the course of an investigation of a drug traffic conspiracy. Although that motion was granted and cross-examination of the affiants and two additional witnesses was allowed on a *Wilson* review application (*Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594), the wiretapped conversations were found to be admissible at trial and were admitted in evidence. Further application in the form of *certiorari* was denied. The appellants, Leonard Farinacci and Yves Lépine were convicted of conspiracy to traffic in methamphetamine and the appellant Kenneth Jeffreys was convicted of conspiracy to traffic in cocaine. Their appeals to the Ontario Court of Appeal were dismissed by a majority: *R. v. Durette* (1992), 9 O.R. (3d) 557, 54 O.A.C. 81, 72 C.C.C. (3d) 421. They come before us as of right. My colleague Sopinka J. would allow the appeals. I dissent and would dismiss the appeals for the following reasons.

Before discussing the issues raised in these appeals, it is relevant to set out at some length the proceedings which gave rise to the appeals as well as the judgments below.

- I -

Facts and Proceedings

The charges against the appellants were part of many laid against members of two motorcycle clubs, the Iron Hawgs and the Outlaws. In the summer of 1983, the Metropolitan Toronto Police Force had commenced an investigation into the distribution of illicit drugs by members of the Iron Hawgs (Project Boar). In the spring of 1984, the Metropolitan Toronto Police obtained two authorizations to intercept private communications from the Supreme Court of Ontario (March 1, 1984, before Trainor J. (Exhibit 3) and April 14, 1984,

En l'espèce, c'est le sous-al. (ii) qui nous intéresse. Les appelants ont demandé que les paquets scellés renfermant les éléments de preuve soient ouverts. Leur contenu, sous forme d'affidavits, avait été soumis à un juge afin qu'il autorise l'écoute électronique des conversations téléphoniques des appelants et d'autres personnes dans le cadre d'une enquête sur un complot en vue de faire le trafic de stupéfiants. Bien que le juge ait fait droit à cette requête et permis, sur une demande de révision de type *Wilson* (arrêt *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594), que les auteurs des affidavits et deux autres témoins soient contre-interrogés, les conversations enregistrées ont été déclarées admissibles au procès et versées en preuve. Une demande ultérieure sous forme de *certiorari* a été rejetée. Les appelants Leonard Farinacci et Yves Lépine ont été déclarés coupables de complot en vue de faire le trafic de méthamphétamine et l'appelant Kenneth Jeffreys a été déclaré coupable de complot en vue de faire le trafic de cocaïne. La Cour d'appel de l'Ontario, à la majorité, a rejeté leurs appels: *R. c. Durette* (1992), 9 O.R. (3d) 557, 54 O.A.C. 81, 72 C.C.C. (3d) 421. Ils viennent devant nous de plein droit. Mon collègue le juge Sopinka est d'avis d'accueillir les appels. Je ne suis pas d'accord et je les rejetterais pour les motifs qui suivent.

Avant d'examiner les questions que soulèvent ces pourvois, il est pertinent de relater au long les procédures qui y ont donné lieu, ainsi que les jugements des instances inférieures.

- I -

Les faits et les procédures

Les accusations portées contre les appelants faisaient partie de plusieurs autres portées contre deux clubs de motards, les Iron Hawgs et les Outlaws. Durant l'été de 1983, la Police de la communauté urbaine de Toronto a commencé une enquête sur la distribution de drogues illicites par les membres des Iron Hawgs (Projet Boar). Au printemps de 1984, elle a obtenu de la Cour suprême de l'Ontario deux autorisations d'intercepter des communications privées (le 1er mars 1984, le juge Trainor (pièce 3) et le 14 avril 1984,

before Ewaschuk J. (Exhibit 5)). During approximately the same period, the Niagara Regional Police and the Ontario Provincial Police had commenced a parallel investigation into the manufacture and distribution of illicit drugs (Project Skylab). Police officers obtained six authorizations to intercept private communications from Judge Scott of the Ontario District Court of Niagara covering the period between November 1983 and August 1984 (November 16, 1983 (Exhibit 1); January 12, 1984 (Exhibit 2); March 9, 1984 (Exhibit 4); May 7, 1984 (Exhibit 6); June 11, 1984 (Exhibit 7); and July 9, 1984 (Exhibit 8)).

In August 1984, the two separate police investigations merged because the two targeted clubs had amalgamated. Officers involved in the combined investigations obtained three further authorizations to intercept private communications from Judge Scott of the Ontario District Court covering the period between August 1984 and January 1985 (only one was presented at the trial (Exhibit 9)). There were therefore a total of eleven authorizations: nine from the District Court and two from the Supreme Court of Ontario. They covered a period from November 1983 to January 1985.

As a result of these police investigations and wiretapping, about 80 persons were arrested on January 22, 1985, at nine different Outlaws clubhouses in Ontario and Québec, as well as numerous private residences. The three appellants were among the persons arrested. Charges against 61 Ontario accused were laid under a single information alleging conspiracy to traffic in methamphetamine, cocaine and LSD. A preliminary hearing was scheduled for December 2, 1985.

On November 19, 1985, the Attorney General of Canada preferred two indictments, replacing the original information and cancelling the preliminary hearing. One indictment, presented in the Supreme Court of Ontario, named 12 accused. The other, presented in the Ontario District Court, named 27 accused, including the three appellants. Since these trials are interrelated as far as the wire-

le juge Ewaschuk (pièce 5)). À peu près à la même époque, la Police régionale de Niagara et la Police provinciale de l'Ontario ont commencé une enquête parallèle sur la fabrication et la distribution de drogues illicites (Projet Skylab). Les policiers ont obtenu du juge Scott de la Cour de district de l'Ontario à Niagara six autorisations d'intercepter des communications privées pour la période de novembre 1983 à août 1984 (le 16 novembre 1983 (pièce 1); le 12 janvier 1984 (pièce 2); le 9 mars 1984 (pièce 4); le 7 mai 1984 (pièce 6); le 11 juin 1984 (pièce 7); et le 9 juillet 1984 (pièce 8)).

En août 1984, les deux enquêtes policières ont été réunies parce que les deux clubs visés s'étaient fusionnés. Les policiers chargés de ces enquêtes combinées ont obtenu du juge Scott de la Cour de district de l'Ontario trois autres autorisations d'intercepter des communications privées pour la période d'août 1984 à janvier 1985 (dont une seule a été présentée au procès (pièce 9)). En tout, donc, onze autorisations: neuf de la Cour de district et deux de la Cour suprême de l'Ontario. Elles visaient une période allant de novembre 1983 à janvier 1985.

Par suite de ces enquêtes policières et de l'écoute électronique, environ 80 personnes ont été arrêtées le 22 janvier 1985, à neuf locaux différents des Outlaws en Ontario et au Québec, ainsi que dans plusieurs résidences. Les trois appelants étaient au nombre des personnes arrêtées. Des accusations ont été portées contre 61 résidents de l'Ontario en vertu d'une seule dénonciation alléguant un complot en vue de faire le trafic de méthamphétamine, de cocaïne et de LSD. Une enquête préliminaire a été fixée au 2 décembre 1985.

Le 19 novembre 1985, le procureur général du Canada a présenté deux actes d'accusation, remplaçant la dénonciation initiale et annulant l'enquête préliminaire. L'un, présenté devant la Cour suprême de l'Ontario, renfermait les noms de 12 accusés. L'autre, présenté devant la Cour de district de l'Ontario, ceux de 27 accusés, dont les trois appelants. Comme ces procès sont liés en ce qui

tap authorizations are concerned, it is necessary to refer to them.

Supreme Court of Ontario Trial (*R. v. Marsh*, unreported)

In the case of 12 accused, the trial began on June 2, 1986 before Bowlby J. On June 24, 1986, Bowlby J. granted an application to open the nine sealed packets (seven District Court and two Supreme Court of Ontario authorizations). Bowlby J. permitted access by the defence to the affidavits. After Bowlby J. edited the affidavits, released them to defence counsel and permitted extensive cross-examinations of the three affiants by the defence, he ruled on the *Wilson* application brought by the accused, upholding the validity of the nine authorizations (September 30, 1986).

Of the 12 persons indicted, nine entered pleas of guilty before or during the trial, in one case the charges were stayed and the two other accused were convicted, on February 27, 1987. There were no appeals against convictions. As the Supreme Court trial was over, a date for the District Court trial was set for May 11, 1987.

District Court Trial

The District Court trial commenced on May 11, 1987 before Judge O'Connell. From May 11 until June 24, 1987, O'Connell Dist. Ct. J. entertained the following pre-trial motions:

(i) a motion to stay the proceedings on the basis of unreasonable delay;

(ii) a motion to quash the indictments on the basis that s. 507 of the *Criminal Code* was inconsistent with ss. 7, 9, 12 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*;

(iii) a motion to have separate trials;

(iv) a motion to sever the trial on the counts;

(v) a motion to change the venue of the trial;

concerne les autorisations d'écoute électronique, il est nécessaire de s'y référer.

Procès devant la Cour suprême de l'Ontario (*R. c. Marsh*, décision inédite)

Dans le cas des 12 accusés, le procès, présidé par le juge Bowlby, a commencé le 2 juin 1986. Le 24 juin 1986, le juge Bowlby a accordé une demande d'accès aux neuf paquets scellés (sept autorisations de la Cour de district et deux de la Cour suprême de l'Ontario). Il a permis à la défense de prendre connaissance des affidavits. Après avoir supprimé des passages des affidavits, les avoir remis aux avocats de la défense et avoir permis à la défense de contre-interroger à fond les trois déposants, le juge Bowlby a statué sur la demande de type *Wilson* des accusés, confirmant la validité des neuf autorisations (30 septembre 1986).

Des 12 inculpés, neuf ont inscrit un plaidoyer de culpabilité avant ou durant le procès, un a bénéficié d'une suspension des accusations et les deux autres ont été déclarés coupables, le 27 février 1987. Il n'y a pas eu d'appel à l'encontre des déclarations de culpabilité. Le procès devant la Cour suprême terminé, le procès devant la Cour de district a été fixé au 11 mai 1987.

Procès devant la Cour de district

Le procès devant la Cour de district a commencé le 11 mai 1987. Il était présidé par le juge O'Connell. Entre le 11 mai et le 24 juin 1987, le juge O'Connell a entendu les requêtes préliminaires suivantes:

(i) requête pour arrêt des procédures fondée sur le délai déraisonnable;

(ii) requête pour annulation des actes d'accusation fondée sur l'incompatibilité de l'art. 507 du *Code criminel* et des art. 7, 9, 12 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*;

(iii) requête pour tenue de procès séparés;

(iv) requête pour division du procès selon les chefs d'accusation;

(v) requête pour changement de venue;

(vi) a motion to open the seven sealed packets containing the affidavits sworn in support of applications to obtain authorizations to intercept private communications; and

(vii) a *Wilson* motion, to quash the seven District Court authorizations to intercept private communications.

It is the disposition of the two latter applications which is relevant to the present appeals.

On May 13, 1987, O'Connell Dist. Ct. J. granted the application to open the packets and gave the appellants access to nine sealed packets (although seven were asked for, including the two Supreme Court of Ontario authorizations) containing the affidavits, subject to the packets being judicially edited. O'Connell Dist. Ct. J. did not require the appellants to establish a *prima facie* case of fraud or any other preconditions in order to obtain access to the sealed packets. On May 15, 1987, after O'Connell Dist. Ct. J. opened the nine sealed packets, removed the affidavits and edited them himself according to *R. v. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260 (Ont. H.C., Watt J.) ("*Parmar (No. 1)*") and gave a copy of the nine edited affidavits to the Crown for review. O'Connell Dist. Ct. J. then proceeded to review each affidavit with Crown counsel, identifying each of the deletions which he had made and seeking the Crown's submissions. The appellants' counsel were present throughout this exercise.

It is acknowledged that O'Connell Dist. Ct. J. made more extensive deletions to the nine affidavits than Bowlby J. had in the Supreme Court trial in *R. v. Marsh*.

O'Connell Dist. Ct. J. released edited copies of the nine affidavits to the appellants and heard submissions from the appellants' counsel over the course of two days with respect to his editing (May 19 and 20, 1987). O'Connell Dist. Ct. J. did not accede to the appellants' requests for more information as to the content of the affidavits, although

(vi) requête pour accès aux sept paquets scellés contenant les affidavits à l'appui des demandes d'autorisation d'intercepter des communications privées;

(vii) requête de type *Wilson* en annulation des sept autorisations, accordées par la Cour de district, d'intercepter des communications privées.

C'est la décision rendue sur ces deux dernières requêtes qui est au cœur des présents pourvois.

Le 13 mai 1987, le juge O'Connell a fait droit à la demande d'accès aux paquets et permis aux appelants de prendre connaissance de neuf paquets scellés (bien qu'ils aient demandé l'accès à sept, dont les deux autorisations accordées par la Cour suprême de l'Ontario) contenant les affidavits, mais seulement après qu'il les aurait édités («révisés» dans le *Code criminel*). Le juge O'Connell n'a pas requis les appelants de faire une preuve *prima facie* de fraude ou de remplir d'autres conditions préalablement au droit de consulter le contenu des paquets scellés. Le 15 mai 1987, après avoir ouvert les neuf paquets scellés, le juge O'Connell a retiré les affidavits, les a lui-même édités conformément à la décision *R. c. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260 (H.C. Ont., le juge Watt) («*Parmar (nº 1)*»), puis il a remis une copie des neuf affidavits édités au substitut du procureur général afin qu'il puisse les examiner. Le juge O'Connell a ensuite étudié chaque affidavit avec le substitut du procureur général, indiquant chacun des passages supprimés et le priant de lui faire des observations, le tout en présence des avocats des appelants.

Il est constant que le juge O'Connell a édité les neuf affidavits de façon plus extensive que ne l'avait fait le juge Bowlby lors du procès devant la Cour suprême (*R. c. Marsh*).

Le juge O'Connell a remis aux appelants des copies éditées des neuf affidavits et, durant deux jours (les 19 et 20 mai 1987), il a écouté les arguments de leurs avocats au sujet de l'édition qu'il en avait fait. Il n'a pas fait droit aux demandes des appelants qui voulaient plus de détails sur le contenu des affidavits, mais il leur a dit si leur nom

he did inform them as to whether they were named in the deleted portions of the affidavits and proceeded to list those accused in the deleted portions of the nine affidavits. The trial judge said that he deleted information relating to informers on the basis that it would reveal their identity, based on *Parmar (No. 1)*, and he also deleted minor improper or irrelevant commentaries. He refused to consider the extent to which Bowlby J. has edited the same affidavits in the course of the *Wilson* hearing of September 30, 1986 in *R. v. Marsh*.

The appellants then cross-examined the three affiants (Edward Typer, Walter Baker and James Douglas Wilkinson) for nine full days (May 21, 22, 25, 26, 27, 28, 29 and June 1, 2, 1987). O'Connell Dist. Ct. J. granted permission to cross-examine without requiring the appellants to satisfy any of the threshold tests set out in *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978), and *R. v. Parmar* (1987), 37 C.C.C. (3d) 300 (Ont. H.C., Watt J.), aff'd (1989), 53 C.C.C. (3d) 489 (Ont. C.A.).

On June 5, 1987, O'Connell Dist. Ct. J. ruled on a *voir dire* that the appellants could not cross-examine the "sub-affiants" who supplied the information to the affiants. Notwithstanding his ruling on the *voir dire*, O'Connell Dist. Ct. J. granted the appellants' request to call two additional witnesses. Constables Robert Lines and William Murray were cross-examined for three days (June 7, 8 and 9, 1987).

On June 15, 1987, the appellants filed a *Wilson* application to set aside the seven District Court authorizations. O'Connell Dist. Ct. J. dismissed the application on June 24, 1987 and ruled that the interceptions were lawfully made and the intercepted communications were admissible in evidence against the appellants and their co-accused.

The appellants then brought a motion in the nature of a *certiorari*, before the Supreme Court of Ontario (Watt J.), to set aside O'Connell Dist.

figurait dans les passages supprimés des affidavits et il a énuméré les noms des accusés figurant dans ces passages des neuf affidavits. Le juge du procès a dit qu'il avait suivi la décision *Parmar (nº 1)*, précitée, pour la suppression des renseignements relatifs aux indicateurs, afin de ne pas révéler leur identité, et qu'il avait aussi écarté certaines remarques déplacées ou non pertinentes. Il a refusé de prendre en considération le nombre de passages que le juge Bowlby avait supprimés dans les mêmes affidavits, dans l'affaire *R. c. Marsh*, dans le cours d'une requête de type *Wilson* entendue le 30 septembre 1986.

Les appelants ont ensuite contre-interrogé les trois déposants (Edward Typer, Walter Baker et James Douglas Wilkinson) pendant neuf jours entiers (les 21, 22, 25, 26, 27, 28 et 29 mai, et les 1er et 2 juin 1987). Le juge O'Connell leur a permis de les contre-interroger sans qu'ils aient à remplir l'une ou l'autre des conditions préalables énoncées dans les décisions *Franks c. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978), et *R. c. Parmar* (1987), 37 C.C.C. (3d) 300 (H.C. Ont., le juge Watt), conf. par (1989), 53 C.C.C. (3d) 489 (C.A. Ont.).

Le 5 juin 1987, le juge O'Connell a décidé, lors du voir-dire, que les appelants ne pouvaient pas contre-interroger les «sous-déposants», c'est-à-dire ceux qui avaient fourni les renseignements aux déposants. Malgré sa décision sur le voir-dire, le juge O'Connell a fait droit à la requête des appelants qui voulaient citer deux autres témoins. Les agents Robert Lines et William Murray ont été contre-interrogés durant trois jours (les 7, 8 et 9 juin 1987).

Le 15 juin 1987, les appelants ont déposé une requête de type *Wilson* visant à l'annulation des sept autorisations accordées par la Cour de district. Le juge O'Connell a rejeté la demande le 24 juin 1987 et décidé que les interceptions avaient été faites légalement et que les communications interceptées étaient admissibles en preuve contre les appelants et leurs coaccusés.

Les appelants ont alors saisi la Cour suprême de l'Ontario (le juge Watt) d'une requête en *certiorari* visant à infirmer la décision du juge O'Connell sur

Ct. J.'s decision on the appellants' *Wilson* application, challenging the wiretap authorizations on the sole ground that the trial judge edited too much of the affidavits provided to the judge who authorized the wiretaps. On September 10, 1987, this application was dismissed by Watt J.: *R. v. Durette* (1987), 61 O.R. (2d) 590, 37 C.C.C. (3d) 126. According to Watt J., O'Connell Dist. Ct. J. did not err in finding that the edited affidavits set out probable and reasonable grounds sufficient to support the issuance of the authorizations neither did he exceed his jurisdiction nor breach the rules of natural justice in limiting the scope of the cross-examination, determining whether certain persons should be cross-examined and whether certain evidence sought to be admitted ought to be received as relevant.

leur requête de type *Wilson* au seul motif que, selon eux, le juge du procès avait surédité les affidavits fournis au juge qui avait autorisé l'écoute électronique. Le 10 septembre 1987, le juge Watt a rejeté cette requête: *R. c. Durette* (1987), 61 O.R. (2d) 590, 37 C.C.C. (3d) 126. Selon lui, le juge O'Connell n'a pas commis d'erreur en concluant que les affidavits édités révélaient des motifs probables et raisonnables suffisants pour justifier l'octroi des autorisations, et n'a pas excédé sa compétence ni manqué aux règles de la justice naturelle en restreignant l'étendue du contre-interrogatoire ou en statuant sur la possibilité de contre-interroger certaines personnes et sur l'admissibilité en tant que pertinents de certains éléments de preuve.

Concurrently, in September 1987, a second *Wilson* motion was presented before Watt J. of the Supreme Court of Ontario in order to set aside the two Supreme Court of Ontario authorizations. The motion was dismissed by Watt J. Watt J. re-edited the affidavits of Dennis Pearce dated March 1 and April 14, 1984 (which were Exhibits 8A and 9A before O'Connell Dist. Ct. J.) and distributed the edited affidavits to the appellants. He made less deletions to the affidavits than those made by O'Connell Dist. Ct. J. The appellants had the opportunity to cross-examine the affiant, Dennis Pearce, at length on his affidavits. No appeal was taken of Watt J.'s decision.

Simultanément, en septembre 1987, une seconde requête de type *Wilson* a été présentée devant le juge Watt de la Cour suprême de l'Ontario, en vue de faire annuler les deux autorisations accordées par la Cour suprême de l'Ontario. Le juge Watt a rejeté la requête. Il a édité à nouveau les affidavits de Dennis Pearce du 1er mars et du 14 avril 1984 (qui étaient les pièces 8A et 9A devant le juge O'Connell) et a remis les affidavits ainsi édités aux appelants. Il a supprimé moins de passages des affidavits que ne l'avait fait le juge O'Connell. Les appelants ont eu la possibilité de contre-interroger longuement le déposant, Dennis Pearce, sur ses affidavits. La décision du juge Watt n'a pas été portée en appel.

The trial before O'Connell Dist. Ct. J. finally resumed. After the jury was selected in October 1987, the trial effectively commenced on November 16, 1987. Between November 19, 1987 and April 18, 1988, the Crown called 98 witnesses, tendered 98 exhibits and played approximately 600 tape recordings of private intercepted communications. Between April 19, 1988 and May 9, 1988, the defence (the appellants) called 30 witnesses and tendered 27 exhibits. The address to the jury by counsel lasted eight days (May 16-19 and 24-27, 1988). O'Connell Dist. Ct. J. made his charge to the jury on May 30, and June 1 and 2, 1988.

Le procès a finalement repris devant le juge O'Connell. Après la sélection des jurés en octobre 1987, le procès a commencé le 16 novembre 1987. Entre le 19 novembre 1987 et le 18 avril 1988, le ministère public a cité 98 témoins, présenté 98 pièces et fait entendre environ 600 enregistrements de communications privées interceptées. Entre le 19 avril 1988 et le 9 mai 1988, la défense (les appelants) a fait comparaître 30 témoins et produit 27 pièces. Les exposés des avocats au jury ont pris huit jours (du 16 au 19 et du 24 au 27 mai 1988). Le juge O'Connell a donné ses directives au jury le 30 mai, et les 1er et 2 juin 1988.

After 10 days of deliberation, the jury rendered its verdict on June 11, 1988. Of the 27 persons originally indicted in the District Court, seven had their charges stayed by the court at the request of the Crown before, during or after the conclusion of the trial; 13 entered pleas of guilty before or during the trial; six were convicted (including the three appellants and Rawley Durette) and one was acquitted. Those convicted were sentenced in June and July 1988.

In June and December 1988, the three appellants and the co-accused Rawley Durette filed a notice of appeal to the Ontario Court of Appeal, appealing their convictions and sentences. The appellants' and Rawley Durette's appeals were dismissed by the Ontario Court of Appeal on May 15, 1992 (Brooke and Finlayson JJ.A. for the majority, Doherty J.A. dissenting). Based on that dissent, the appellants appealed their convictions to this Court as of right, while Rawley Durette did not.

Appellants' application for leave to appeal on other issues was dismissed by this Court on March 18, 1993, [1993] 1 S.C.R. vi.

Judgments

Ontario District Court (first *Wilson* application before Judge O'Connell)

O'Connell Dist. Ct. J. said that, after editing the affidavits in accordance with *Parmar (No. 1)*, *supra*, he had ordered disclosure or access to the sealed packets containing the materials which Judge Scott of the Ontario District Court of Niagara relied on to grant the authorizations. He then stated that the "editing was undertaken to protect sensitive information, and the names of the informants".

O'Connell Dist. Ct. J. considered the constitutionality of Part IV.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now Part VI of R.S.C., 1985, c. C-46). After reviewing *Parmar (No. 1)*, he concluded that, in determining whether the facts

Après 10 jours de délibération, le jury a rendu son verdict le 11 juin 1988. Parmi les 27 personnes mises originalement en accusation devant la Cour de district, sept ont bénéficié d'une suspension des accusations prononcée par la cour à la demande du ministère public, soit avant, pendant ou après le procès; 13 ont inscrit un plaidoyer de culpabilité avant ou pendant le procès; six ont été déclarées coupables (dont les trois appelants et Rawley Durette) et une a été acquittée. Les sentences ont été prononcées en juin et en juillet 1988.

En juin et en décembre 1988, les trois appelants et le coaccusé Rawley Durette ont déposé un avis d'appel devant la Cour d'appel de l'Ontario, pour en appeler des déclarations de culpabilité et des sentences. Le 15 mai 1992, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté les appels (les juges Brooke et Finlayson, pour la majorité, et le juge Doherty, dissident). Invoquant cette dissidence, les appelants (mais non Rawley Durette) ont formé devant notre Cour un pourvoi de plein droit contre leur déclaration de culpabilité.

La demande d'autorisation de pourvoi des appelants sur d'autres questions a été rejetée par notre Cour le 18 mars 1993, [1993] 1 R.C.S. vi.

Les jugements

La Cour de district de l'Ontario (première requête de type *Wilson*, devant le juge O'Connell)

Le juge O'Connell a dit qu'après avoir édité les affidavits conformément à la décision *Parmar (nº 1)*, précitée, il avait ordonné la divulgation ou la communication des paquets scellés contenant les documents sur lesquels le juge Scott de la Cour de district de l'Ontario à Niagara s'était appuyé pour accorder les autorisations. Puis, il a expliqué que la [TRADUCTION] «révision a été faite dans le but de protéger des renseignements de nature délicate ainsi que le nom des indicateurs».

Le juge O'Connell s'est penché sur la constitutionnalité de la partie IV.1 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant la partie VI, L.R.C. (1985), ch. C-46). Après avoir examiné la décision *Parmar (nº 1)*, il a conclu que, pour déter-

revealed to the authorizing judge should be different from the facts proven on the review application, the former were the facts displayed in the original rather than the edited affidavit disclosed to the defence counsel; the reviewing judge should consider the non-edited affidavits. He also was of the opinion that the onus upon such an application rested upon the applicants and that the onus is discharged on adequate proof of, *inter alia*, fraudulent misrepresentation, intentional non-disclosure, negligent material misrepresentation or misleading disclosures. O'Connell Dist. Ct. J. further held that the factual material disclosed to the authorizing judge must be sufficient.

O'Connell Dist. Ct. J. reviewed the evidence, that is the testimony of the affiants and the witnesses and the affidavits, and concluded that:

> It cannot be said that there is proven negligence amounting to material misrepresentation, material non-disclosure, or that there is misleading disclosure, fraud, or simply non-disclosure as to important facts, any of which would vitiate the authorizations. [Emphasis added.]

Furthermore, O'Connell Dist. Ct. J. applied the test set out in *Wilson v. The Queen*, *supra*, and concluded that, as a reviewing judge, he should not substitute his discretion for that of the authorizing judge unless the facts on which the authorizations were granted differed from the facts proved on the *ex parte* review. O'Connell Dist. Ct. J. then concluded that:

> ... it is my view that I am duty-bound to review the affidavit which was put before the authorizing judge, notwithstanding that counsel for the applicants do not have a copy of that affidavit; they having been supplied with an edited copy .... [I]t seems to me impossible to review an affidavit and make a ruling as to whether a judge would have granted an authorization based on an affidavit without looking at that particular affidavit. I appreciate the issue that it raises ... but I believe, if I read *Wilson* correctly, that that is evidence under review, notwithstanding the editing.

miner si les faits révélés au juge qui accorde les autorisations devaient être différents de ceux prouvés lors de l'audition de la requête en révision, les faits révélés au premier juge étaient ceux exposés dans l'original plutôt que dans la version éditée remise aux avocats de la défense et que le juge siégeant en révision devrait étudier les affidavits dans leur version non éditée. Il a également exprimé l'avis que le fardeau de preuve incombait aux requérants, dont ils pouvaient se décharger en apportant la preuve, entre autres, de représentations frauduleuses, non-divulgation intentionnelle, déclaration substantiellement inexacte faite par négligence, ou encore divulgation trompeuse. Le juge O'Connell a décidé, en outre, que les éléments factuels révélés au juge qui accorde les autorisations doivent être suffisants.

Après avoir examiné la preuve, soit le témoignage des déposants et des témoins, ainsi que les affidavits, le juge O'Connell a conclu:

> [TRADUCTION] La preuve n'établit pas qu'il y a eu négligence équivalant à une déclaration substantiellement inexacte ou à une non-divulgation importante ou qu'il y a eu déclaration trompeuse, fraude ou simplement non-divulgation relativement à des faits importants, incidents qui pourraient tous vicier les autorisations. [Je souligne.]

En outre, le juge O'Connell a appliqué le critère énoncé dans l'arrêt *Wilson c. La Reine*, précité, et a conclu qu'en sa qualité de juge siégeant en révision, il ne devrait pas substituer son appréciation à celle du juge qui a accordé les autorisations à moins que les faits y ayant donné lieu ne diffèrent des faits établis au cours de l'audition *ex parte* de la requête en révision. Il en arrive ensuite à la conclusion suivante:

> [TRADUCTION] ... à mon avis, je suis tenu d'examiner l'affidavit soumis au juge saisi des demandes d'autorisation, bien que les avocats des requérants ne disposent que d'une version révisée de ces affidavits. [...] [I]l me paraît impossible d'examiner un affidavit et de déterminer si un juge aurait accordé une autorisation sur la foi de ce document sans consulter l'affidavit en question. Je me rends bien compte que cela soulève un problème [...], mais à mon sens, si j'interprète correctement l'arrêt *Wilson*, c'est l'élément de preuve que je dois prendre en considération, malgré la révision.

O'Connell Dist. Ct. J. added that he would have come to the same conclusion with respect to the edited affidavit. He was of the opinion that there was a basis for the issuance of the authorizations and that

> the affiants had reasonable and probable grounds to believe as to what they deposed to by stating that all the matters deposed to were true to the best of their knowledge and belief and were relevant as to the issue of whether the judge would grant the authorization sought. [Emphasis added.]

The application to quash the authorizations was therefore dismissed by O'Connell Dist. Ct. J.

Supreme Court of Ontario (motion in the nature of *certiorari* before Watt J.) (1987), 61 O.R. (2d) 590

Watt J. held that the test to be applied on an application by way of *certiorari* is whether there was some evidence upon which the reviewing judge could have been satisfied that there was some evidence before the authorizing judge upon which he could have been satisfied that there was compliance with the *Criminal Code* provisions. Further, rulings of an evidentiary nature made in the course of the review hearing are not subject to review by the superior court unless they result in errors of a jurisdictional nature.

On the point of whether or not the facts proved on the review hearing were different from the facts before the authorizing judge (Scott Dist. Ct. J.) and O'Connell Dist. Ct. J.'s view that he was required to have regard to the unedited affidavit notwithstanding that it had not been disclosed in full to defence counsel, Watt J. found that O'Connell Dist. Ct. J.'s decision did not constitute a jurisdictional error.

Similarly, Watt J. held that O'Connell Dist. Ct. J. was entitled to make rulings as to the scope of cross-examination of the affiants and entitled to hold that a person who had supplied the information to the affiants (a "sub-affiant") could not be cross-examined. It was plainly within O'Connell Dist. Ct. J.'s authority to limit the scope of cross-

Le juge O'Connell a ajouté qu'il serait parvenu à la même conclusion s'il avait tenu compte des affidavits édités. Il a conclu que les autorisations étaient fondées et que

> [TRADUCTION] les déposants avaient des motifs raisonnables et probables de croire ce qu'ils avaient déclaré, savoir que, pour autant qu'ils le sachent, leurs déclarations étaient vraies et se rapportaient à la question de savoir si le juge accorderait l'autorisation demandée. [Je souligne.]

En conséquence, il a rejeté la demande d'annulation des autorisations.

La Cour suprême de l'Ontario (requête de la nature d'un *certiorari*, devant le juge Watt) (1987), 61 O.R. (2d) 590

Le juge Watt a conclu que le test applicable sur requête en *certiorari* consiste à déterminer s'il existait des éléments de preuve susceptibles de convaincre le juge siégeant en révision que le juge qui a accordé les autorisations disposait d'éléments de preuve suffisants pour satisfaire aux dispositions du *Code criminel*. En outre, les décisions de nature procédurale prises au cours de l'audition de la requête en révision échappent au contrôle de la cour supérieure, sauf si elles entraînent des erreurs de compétence.

Quant à la question de savoir si les faits prouvés lors de l'audition de la requête en révision étaient différents de ceux soumis au juge qui a accordé les autorisations (le juge Scott) et quant à l'opinion du juge O'Connell selon lequel il était tenu d'examiner l'affidavit dans sa version non éditée, même si les avocats de la défense ne disposaient que d'une version éditée, le juge Watt a conclu que la décision du juge O'Connell ne constituait pas une erreur de compétence.

De même, le juge Watt a décidé que le juge O'Connell était en droit de décider de l'étendue du contre-interrogatoire des déposants et qu'il avait le droit de décider qu'une personne qui avait fourni des renseignements aux déposants («sous-déposant») ne pouvait pas être contre-interrogée. Le juge O'Connell avait manifestement compétence

examination, to determine whether certain persons should be cross-examined and whether certain evidence sought to be admitted ought to be received as relevant. In making these determinations, in his view, O'Connell Dist. Ct. J. did not exceed his jurisdiction nor breach the rules of natural justice.

Finally, Watt J. concluded, at p. 603:

> Neither am I persuaded that there was not some evidence upon the basis of which the reviewing judge [O'Connell Dist. Ct. J.] could have been satisfied that there was some evidence before the learned authorizing judge [Scott Dist. Ct. J.] upon which he could have been satisfied of the necessary prerequisites of Part IV.1 to issue the impugned orders. [Emphasis added.]

Watt J. dismissed the motion in the nature of *certiorari*.

Ontario Court of Appeal (1992), 72 C.C.C. (3d) 421

Finlayson J.A. (Brooke J.A. concurring)

Finlayson J.A., writing for the majority, dealt with the issue of the validity of the authorizations to intercept private communications and the admissibility and use of the taped recordings and dismissed the appellants' submissions as to: (1) the failure of the trial judge to provide judicial summaries of edited material; (2) his improper editing of affidavits supporting the wiretap authorizations; and (3) his refusal to permit cross-examination of police officers who had provided information to deponents of affidavits supporting authorizations.

Finlayson J.A. examined the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, and concluded that "all questions relating to wiretaps can and should be dealt with by the trial judge. He is obliged to consider them along with any other issue relating to the reception of evidence" (p. 445). Therefore, the issues were whether the wiretaps were authorized by law and were carried out according to the terms of the

pour restreindre l'étendue du contre-interrogatoire, pour statuer sur la possibilité de contre-interroger certaines personnes et sur l'admissibilité en tant que pertinents de certains éléments de preuve. D'après le juge Watt, le juge O'Connell, en se prononçant de la sorte, n'a pas excédé sa compétence ni manqué aux règles de justice naturelle.

En dernier lieu, le juge Watt conclut, à la p. 603:

> [TRADUCTION] Je ne suis pas persuadé non plus qu'il n'existait pas d'éléments de preuve susceptibles de convaincre le juge siégeant en révision [le juge O'Connell] que le juge qui a accordé les autorisations [le juge Scott] disposait d'éléments de preuve pouvant le convaincre que les conditions préalables prévues à la partie IV.1 pour rendre les ordonnances contestées avaient été remplies. [Je souligne.]

Le juge Watt a rejeté la requête en *certiorari*.

La Cour d'appel de l'Ontario (1992), 72 C.C.C. (3d) 421

Le juge Finlayson (avec l'appui du juge Brooke)

Au nom de la majorité, le juge Finlayson a abordé la question de la validité des autorisations d'intercepter des communications privées et celle de l'admissibilité et de l'utilisation des enregistrements, et il a rejeté les arguments des appelants sur les points suivants: (1) le refus du juge du procès de fournir des résumés des passages supprimés; (2) son édition injustifiée des affidavits déposés à l'appui des demandes d'autorisation d'écoute électronique, et (3) son refus d'autoriser le contre-interrogatoire des policiers qui avaient fourni des renseignements aux auteurs des affidavits déposés à l'appui des demandes d'autorisation.

Le juge Finlayson a examiné l'arrêt *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, de la Cour suprême du Canada et conclu que [TRADUCTION] «toutes les questions concernant l'écoute électronique peuvent et doivent être tranchées par le juge du procès. Il est tenu d'étudier ces questions et toutes les autres questions relatives à l'admissibilité de la preuve» (p. 445). Par conséquent, il s'agissait de décider si l'écoute électronique avait été autorisée conformé-

authorizations. Finlayson J.A., then, noted that the problem in wiretap cases was that the material supporting the authorizations is in a sealed packet which can only be opened by a judge, and when the packet is opened, only an edited version of the material is made available to the defence. However, Finlayson J.A., relying on *Garofoli*, which followed *Parmar (No. 1)*, *supra*, said that the court should determine "whether what was done by the trial judge fell so far short of the spirit of the procedural standard suggested by Sopinka J. [in *Garofoli*] that we feel compelled to order a new trial" (p. 447).

Finlayson J.A. concluded that the appellants' case was not impaired by O'Connell Dist. Ct. J.'s failure to provide summaries. He noted that the appellants had not requested summaries and emphasized that the real issue was the editing process undertaken by O'Connell Dist. Ct. J. He pointed out that O'Connell Dist. Ct. J. had advised counsel of the method he was using in editing the affidavits and that there had been no objections to the proposed procedure. He noted that the differences between the edited versions of the affidavits by O'Connell Dist. Ct. J. as compared by Watt J. lead to the conclusion that O'Connell Dist. Ct. J. had not followed to the letter the guidelines proposed by Watt J. in *Parmar (No. 1)*. Finlayson J.A. nevertheless concluded that (at pp. 449-50):

> On the other hand, the information excised [from the affidavits], while substantial in terms of quantity, is nothing more than a further recital, with specific examples, of how these biker gangs conducted their illegal drug operations .... In one sense, the edited material adds nothing to what is on the public record at trial .... I am satisfied that there was an abundance of evidence to support the original authorizations. In looking at all of the excised material in isolation, I am at a loss to understand how it could have assisted these appellants at trial in effectively opposing the admissibility of the wiretap evidence affecting them.

My own view is that the trial judge was over-cautious in his attempts to protect the identity of the informants

ment à la loi et si elle avait été faite suivant les conditions fixées dans les autorisations. Le juge Finlayson a ensuite fait observer que le problème qui se pose dans les affaires d'écoute électronique tient au fait que les documents déposés au soutien des autorisations sont placés dans un paquet scellé que seul un juge peut ouvrir et que, lorsque le paquet est ouvert, seule une version éditée des documents est remise à la défense. Toutefois, s'appuyant sur l'arrêt *Garofoli*, rendu après la décision *Parmar (nº 1)*, précitée, il a déclaré que la cour devait déterminer [TRADUCTION] «si ce que le juge du procès a fait violait à ce point l'esprit des normes procédurales proposées par le juge Sopinka [dans *Garofoli*] que nous nous estimons forcés d'ordonner la tenue d'un nouveau procès» (p. 447).

Le juge Finlayson a conclu que l'omission du juge O'Connell de fournir des résumés n'avait pas nui à la défense des appelants. Il a fait remarquer que ces derniers n'en avaient pas demandé et a souligné que le débat véritable portait sur la procédure d'édition des affidavits suivie par le juge O'Connell. Il a signalé que ce dernier avait expliqué aux avocats la méthode qu'il entendait employer, laquelle n'avait suscité aucune objection. Il a fait remarquer que les différences relevées entre les versions du juge O'Connell et celles du juge Watt permettent de conclure que le juge O'Connell n'a pas suivi à la lettre les lignes directrices tracées par le juge Watt dans l'affaire *Parmar (nº 1)*. Le juge Finlayson conclut néanmoins (aux pp. 449 et 450):

> [TRADUCTION] En revanche, bien qu'ils aient été nombreux, les passages [des affidavits] supprimés ne contenaient rien de plus qu'une répétition, accompagnée d'exemples précis, de la description de la manière dont les clubs de motards effectuaient leur trafic de stupéfiants. [. . .] Dans un sens, les passages supprimés n'ajoutent rien à ce qui a déjà été rendu public durant le procès. [. . .] je suis convaincu que la preuve étayait amplement l'octroi des autorisations originales. Si je prends séparément tous les passages supprimés, je ne vois pas comment ils auraient pu aider les appelants à plaider l'inadmissibilité des éléments de preuve les concernant obtenus par écoute électronique.

À mon sens, le juge du procès s'est montré exagérément prudent dans sa tentative pour cacher l'identité des

and the nature of the undercover operation. I also question whether he should have deleted matters that he felt constituted improper or irrelevant commentary. That is but one opinion, however, and is not enough to override that of an experienced trial judge.

Therefore, I do not think O'Connell J.'s editing amounted to an error of law. If his decision is such an error, then in my opinion it occasioned no substantial wrong or miscarriage of justice. [Emphasis added.]

Finlayson J.A. then agreed with O'Connell Dist. Ct. J. that the authorizations should not be set aside on the basis that all known targets were not named and that the outcome on this issue would not have changed had the defence been provided with the edited material. Finlayson J.A. also thought that the silence of defence counsel before O'Connell Dist. Ct. J. regarding the edited affidavits of Bowlby J. lead to the conclusion that the editing of Bowlby J. was either similar to that of O'Connell Dist. Ct. J. or that what was revealed by comparing the two edited versions was not significant.

Finlayson J.A. concluded that (at p. 453):

On balance, I do not think the appellants Farinacci, Lépine and Jeffreys can show significant prejudice as a result of the editing process. In the absence of such prejudice, the failure of the trial judge to fully anticipate guidelines that would be set down by subsequent courts for editing affidavits is not sufficient, on appeal, to set aside the authorizations in question.

Finlayson J.A. stated that, even after cross-examination of the affiants, the defence had been unable to make out a case, to the satisfaction of O'Connell Dist. Ct. J., and then noted that defence counsel had not cross-examined the sub-affiants that did testify and concluded that O'Connell Dist. Ct. J.'s view was correct in not allowing another trial simply on the *Wilson* application.

indicateurs et la nature de l'opération d'infiltration. Je ne suis pas certain qu'il ait eu raison de supprimer ce qui constituait à ses yeux des commentaires déplacés ou non pertinents. Je ne fais qu'exprimer une opinion, cependant, et elle ne saurait suffire pour l'emporter sur celle d'un juge du procès expérimenté.

Par conséquent, je ne pense pas que la révision du procès faite par le juge O'Connell ait constitué une erreur de droit. S'il y a eu erreur de droit, à mon avis, elle n'a causé aucun tort important ni erreur judiciaire grave. [Je souligne.]

Le juge Finlayson a adhéré à l'opinion du juge O'Connell selon laquelle le fait que toutes les cibles connues n'étaient pas nommées ne justifiait pas l'annulation des autorisations et selon laquelle cette question n'aurait pas été tranchée différemment si la défense avait disposé des passages supprimés. Le juge Finlayson a, en outre, émis l'avis que le fait que les avocats de la défense n'aient pas soufflé mot, devant le juge O'Connell, au sujet des affidavits édités par le juge Bowlby permettait de conclure soit que la version du juge Bowlby était semblable à celle du juge O'Connell, soit que rien d'important ne ressortait de la comparaison des deux versions.

Le juge Finlayson conclut (à la p. 453):

[TRADUCTION] Tout bien considéré, je ne crois pas que les appelants Farinacci, Lépine et Jeffreys soient en mesure d'établir que la révision leur a causé un préjudice appréciable. En l'absence d'un tel préjudice, le défaut du juge du procès de prévoir les lignes directrices applicables à la révision d'affidavits qui seraient énoncées par les tribunaux subséquents ne constitue pas un motif suffisant pour annuler, en appel, les autorisations en cause.

Le juge Finlayson a dit que, même après le contre-interrogatoire des déposants, la défense n'avait pu convaincre le juge O'Connell, puis il a fait observer que les avocats de la défense n'avaient pas contre-interrogé les sous-déposants qui ont témoigné et il a conclu que le juge O'Connell avait, à juste titre, refusé d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur une simple requête de type *Wilson*.

Finlayson J.A.'s final conclusion was that the trial judge was right in holding that the authorizations to intercept private communications were valid, expressing the view that the appellants "received anything less than a fair trial" (p. 456). He dismissed the appeals against convictions as well as against sentences.

Doherty J.A. (dissenting)

Doherty J.A., relying on the decision of our Court *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, stated that full disclosure to the defence of all material information, subject to certain exceptions based on overriding public interest concerns, was a constitutionally mandated standard. The affidavits were, in his view, "clearly material" to the admissibility of the interceptions and concluded that (at p. 466):

> Apart from public interest concerns which may operate in a particular case, I see no reason why an accused should not be entitled to see exactly what the judge saw who relied on the affidavits to issue the authorization. Disclosure of the full affidavit should be the starting premise. Anything less potentially impairs an accused's ability to make full answer and defence and must be justified by the Crown in accordance with established principles.

Doherty J.A. then went on to say that a deletion from an affidavit before it was disclosed to the defence derogated from the goal of full public visibility of the administration of criminal justice and potentially adversely affects public confidence in our system of criminal justice. Therefore, a trial judge should make only those deletions which are essential to give effect to confidentiality concerns that remain paramount as of the time the editing is sought.

Doherty J.A. concluded that O'Connell Dist. Ct. J. did not correctly apply the principles set out in *Parmar (No. 1)*, *supra*, for the following reasons (at pp. 471-73):

Pour terminer, le juge Finlayson a conclu que le juge du procès avait décidé à bon droit que les autorisations d'intercepter des communications privées étaient valides, rien ne le portant à croire que les appelants [TRADUCTION] «n'ont pas vraiment bénéficié d'un procès équitable» (p. 456). Il a rejeté les appels formés contre les déclarations de culpabilité et contre les sentences.

Le juge Doherty (dissident)

S'appuyant sur l'arrêt de notre Cour *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, le juge Doherty a déclaré que la divulgation complète de tous les renseignements importants pour la défense, sous réserve de certaines exceptions fondées sur des considérations prépondérantes relevant de l'intérêt public, est devenue la norme imposée par la Constitution. D'après lui, les affidavits constituent [TRADUCTION] «indéniablement des éléments de preuve pertinents» en ce qui a trait à l'admissibilité des interceptions, et il conclut (à la p. 466):

> [TRADUCTION] Mises à part les considérations relatives à l'intérêt public qui peuvent exister dans des cas particuliers, je ne conçois pas pourquoi un accusé ne pourrait pas avoir le droit de voir exactement ce qu'a vu le juge qui s'est fondé sur les affidavits pour accorder l'autorisation. Le principe de base devrait être la divulgation intégrale de l'affidavit. Toute révision risque de porter atteinte à la capacité d'un accusé de présenter une défense pleine et entière et doit être justifiée par le ministère public en conformité avec les principes établis.

Le juge Doherty a ajouté que la suppression de passages d'un affidavit avant sa divulgation à la défense trahissait l'objectif de transparence absolue de l'administration de la justice pénale et pouvait miner la confiance du public envers notre système de justice pénale. Un juge de première instance ne devrait donc faire que les suppressions qui sont indispensables pour répondre aux préoccupations relatives à la confidentialité qui prévalent encore au moment où l'édition est demandée.

Le juge Doherty a conclu que le juge O'Connell avait mal appliqué les principes énoncés dans la décision *Parmar (nº 1)*, précitée, pour les raisons suivantes (aux pp. 471 à 473):

First, the trial judge edited the affidavits extensively without any input from the Crown or any information beyond that which appeared in the affidavits .... [T]he trial judge should have called upon the Crown to justify the continued need for confidentiality of those sources. Without that inquiry, there could be no valid assessment of what parts of the affidavit should be excised before they were turned over to the accused.

[TRADUCTION] Premièrement, le juge du procès a effectué une révision substantielle des affidavits sans y faire participer le ministère public et sans disposer d'autres renseignements que ceux qui figuraient dans ces documents. [. . .] [L]e juge du procès aurait dû demander au ministère public de justifier la nécessité de continuer à protéger la confidentialité de ces sources. En l'absence d'une telle enquête, le juge ne pouvait validement déterminer les parties de l'affidavit qui devaient être supprimées avant la remise des documents aux accusés.

Secondly, the trial judge repeatedly indicated that he deleted "information from informants and others which is to be protected" .... It appears that in editing the affidavits the trial judge sought not only to protect the identity of informants, but to exclude from defence scrutiny all information obtained from those informants. In doing so, he took much too broad an approach to the editing process.

Deuxièmement, le juge du procès a indiqué à maintes reprises qu'il avait supprimé des passages contenant «des renseignements provenant d'indicateurs ou d'autres personnes et nécessitant protection». [. . .] En révisant les affidavits, le juge du procès ne semble pas avoir voulu seulement protéger l'identité des indicateurs, mais aussi soustraire tous les renseignements provenant de ces derniers à l'examen des avocats de la défense. Il a ainsi donné beaucoup trop d'ampleur au processus de révision.

Thirdly, the trial judge indicated that he had edited out of the affidavits material which he regarded as "commentary" or "opinion" or "summary". Such characterizations have no role in the editing process .... It may be that allegations properly characterized as "commentary" or "opinion" have no place in the affidavit. This is not, however, any reason to remove them from the affidavit during the editing process ....

Troisièmement, le juge du procès a signalé qu'il avait supprimé des affidavits des passages qui, d'après lui, constituaient des «commentaires», des «opinions» ou des «résumés». Il n'y a pas lieu de procéder à de telles qualifications pendant le processus de révision. [. . .] Il est fort possible que des affirmations, qualifiées à juste titre de «commentaires» ou d'«opinions» n'aient pas leur place dans un affidavit. Cela ne constitue pas, toutefois, une raison de les écarter au cours du processus de révision. [. . .]

Fourthly, the trial judge indicated that the editing of the same affidavits done by the judge [Bowlby J.] who presided over the earlier trial of the first group of accused was "irrelevant" to his editing task. With respect, it was very relevant .... [T]he trial judge's failure to appreciate the significance of the earlier editing process to his task further confirms my view that he misunderstood and misapplied the factors relevant to the editing of the affidavits.

Quatrièmement, le juge du procès a déclaré que la révision des affidavits en cause par le juge [Bowlby] présidant le procès, commencé plus tôt, du premier groupe d'accusés était «sans rapport» avec sa propre tâche de révision. Avec égards, elle était très pertinente. [. . .] [L]e fait que le juge du procès n'a pas reconnu l'importance qu'avait la révision antérieure pour sa tâche confirme davantage mon opinion qu'il a mal interprété et mal appliqué les facteurs pertinents de la révision des affidavits.

Fifthly and finally, the editing of two of the affidavits by Watt J. in the course of a "*Wilson*" application brought during this trial provides cogent evidence that the trial judge went well beyond what was required when editing the affidavits .... One can only conclude from this comparison that the trial judge went well beyond what was necessary to protect the public interest

Cinquièmement et finalement, la révision de deux des affidavits par le juge Watt à l'occasion d'une demande de type «*Wilson*» présentée pendant le procès prouve de façon convaincante que le juge du procès a supprimé beaucoup plus de passages des affidavits qu'il n'était nécessaire. [. . .] Cette comparaison ne permet qu'une seule conclusion, savoir que le juge du procès est allé

when he edited the two affidavits which were subsequently placed before Watt J.

The trial record compels the conclusion that the trial judge misapplied the factors relevant to the editing of the affidavits. An examination of the unedited affidavits which were made available to this court confirms that this misapplication resulted in considerable unwarranted editing of the affidavits.

Doherty J.A. concluded that the deletions kept from the appellants a substantial body of material which they were entitled to have when mounting their challenge to the admissibility of the intercepted communications. It was not simply a case of over-cautiousness from the trial judge. Furthermore, since the deletions prevented a proper and full inquiry into the validity of the authorizations, the appellants did establish an error in law.

In view of this error of law, the onus was on the Crown to establish that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred, according to Doherty J.A. There was no onus on the appellants to show that the error prejudiced them at the trial. Doherty J.A. concluded that (at p. 479):

In my opinion, the Crown cannot establish that the improper editing of the affidavits resulted in no substantial wrong or miscarriage of justice. It cannot be concluded with any degree of certainty that had the appellants had proper access to all of the material in the affidavits, the authorizations would necessarily have been held valid and the "wiretap" evidence admissible. There is simply no way of knowing what further evidence might have come out on the cross-examination of the affiants had the entire affidavits been available, what further evidence might have been adduced had the appellants been aware of the improperly edited portions of the affidavits, or what different challenges to the authorizations the appellants may have made had they received the access to the affidavits to which they were entitled.

Doherty J.A. would have allowed the appeals, quashed the convictions and ordered a new trial.

bien au-delà de ce que nécessitait la protection de l'intérêt public lorsqu'il a révisé les deux affidavits qui ont par la suite été soumis au juge Watt.

Le dossier du procès impose la conclusion que le juge du procès n'a pas correctement appliqué les facteurs pertinents pour la révision des affidavits. La cour a pu obtenir la version non révisée des affidavits, et leur examen confirme que cette erreur a mené à des suppressions injustifiées.

Le juge Doherty a conclu que la suppression de passages a privé les appelants d'une somme considérable de renseignements auxquels ils avaient droit pour la préparation de leur contestation de l'admissibilité des communications interceptées. Cette suppression n'était pas simplement le résultat d'une prudence exagérée de la part du juge du procès. Puisqu'elle a aussi empêché l'examen complet et approprié de la validité des autorisations, les appelants ont établi que le juge du procès avait commis une erreur de droit.

Étant donné cette erreur de droit, il incombait au ministère public, selon le juge Doherty, d'établir qu'aucun tort important ou erreur judiciaire grave n'en avait résulté. Les appelants n'avaient pas la charge de montrer que l'erreur leur avait porté préjudice au procès. Le juge Doherty conclut (à la p. 479):

[TRADUCTION] À mon avis, le ministère public ne peut pas établir qu'aucun tort important ou erreur judiciaire grave n'a résulté de la révision injustifiée. On ne saurait conclure avec certitude que, si les appelants avaient pu consulter tous les renseignements contenus dans les affidavits, les autorisations auraient nécessairement été jugées valides et les éléments de preuve obtenus au moyen de l'écoute électronique, jugés admissibles. Nul ne peut savoir ce qui aurait pu ressortir du contre-interrogatoire des déposants si l'on avait disposé de l'intégralité des affidavits, quels autres éléments de preuve auraient pu être présentés si les appelants avaient pu prendre connaissance des passages supprimés incorrectement, ou quel autre moyen de contestation des autorisations les appelants auraient pu faire valoir s'ils avaient pu consulter les affidavits comme ils en avaient le droit.

Le juge Doherty aurait accueilli les appels, annulé les déclarations de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

The Issue

The only issue before this Court is whether the editing by the trial judge of the affidavits in support of the authorizations to intercept private communications deprived the appellants of their right to make full answer and defence as guaranteed by ss. 7 and 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In other words, did the editing process followed by the trial judge constitute an error of law and, if so, did such error violate appellants' *Charter* rights?

It is important to note at this stage that, at the hearing before us, counsel for the appellants recognized that had the affidavits submitted to the judge in order to obtain the wiretap authorizations contained only the edited affidavits, such affidavits would have been sufficient for the issuing of the authorizations since, in his words, "there appear to be reasonable and probable grounds" (Transcript of Audio Tapes of Proceedings, at p. 136). Therefore, in my view, wiretap evidence was admissible at trial and, consequently, properly admitted.

Finally, before dealing with the crux of the appeals, it is not without interest to recall the jurisprudential history which has led to the development of the procedural requirements in the field of wiretap authorizations.

- II -

In adopting s. 178.14(1)(*a*)(ii) of the *Criminal Code*, the legislator did not indicate the basis upon which the sealed packet were to be opened, simply stating that it "shall not be (*a*) opened . . . except (ii) pursuant to an order of a judge . . . ". It left the courts with the task of deciding the proper approach to the matter. That was done not without sharp division between different courts, particularly between the Ontario Court of Appeal and the British Columbia Court of Appeal, with both courts having their own adepts, creating a huge body of contradictory jurisprudence in courts of first instance and fostering a number of appeals

La question en litige

La seule question en litige devant notre Cour est de savoir si l'édition, par le juge du procès, des affidavits déposés à l'appui des demandes d'autorisation d'interception de communications privées a privé les appelants d'une défense pleine et entière, droit que leur garantissent l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Autrement dit, la méthode d'édition suivie par le juge du procès constituait-elle une erreur de droit et, dans l'affirmative, cette erreur a-t-elle porté atteinte aux droits des appelants garantis par la *Charte*?

Il importe de faire observer à ce point-ci que, lors de l'audience devant nous, l'avocat des appelants a reconnu que si les affidavits soumis au juge en vue d'obtenir les autorisations d'écoute électronique avaient consisté seulement dans les affidavits édités, ils auraient été suffisants pour justifier l'octroi des autorisations, puisque, selon ses propres mots, [TRADUCTION] «il semble y avoir des motifs raisonnables et probables» (transcription des cassettes des procédures, à la p. 136). Je suis donc d'avis que la preuve obtenue par l'écoute électronique était admissible au procès et, par conséquent, que c'est à bon droit qu'elle a été admise.

En dernier lieu, avant d'aborder le point capital des présents pourvois, il n'est pas sans intérêt de rappeler l'évolution jurisprudentielle qui a abouti aux exigences procédurales actuelles dans le domaine des autorisations d'écoute électronique.

- II -

En adoptant le sous-al. 178.14(1)*a*)(ii) du *Code criminel*, le législateur n'a pas précisé à quelles conditions le paquet scellé pourrait être ouvert, se contentant de dire qu'il «ne doit pas *a*) être ouvert [. . .] si ce n'est [. . .] (ii) en application d'une ordonnance d'un juge». Il a laissé aux tribunaux le soin de décider des critères applicables en la matière. Ce qu'ils ont fait, non sans divergence de vues notables, en particulier entre la Cour d'appel de l'Ontario et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, chacune faisant école, ce qui a provoqué une avalanche de décisions contradictoires des cours de première instance et donné lieu à

which finally reached the Supreme Court of Canada.

The two approaches were based on a divergent interpretation of s. 178.14(1)(*a*)(ii). For the British Columbia Court of Appeal (*Re Regina and Dersch* (1987), 36 C.C.C. (3d) 435), the rule embodied in that section being the secrecy of the sealed packet, the exception had to be interpreted narrowly. For the Ontario Court of Appeal (*R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142; *R. v. Lachance* (1988), 27 O.A.C. 45; *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; and *R. v. Garofoli* (1988), 41 C.C.C. (3d) 97), the principle of openness set out in *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, a pre-*Charter* decision regarding the public's right of access to search warrants, was the starting point. The Supreme Court embraced the latter point of view (*Garofoli*, *supra*; *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; and *R. v. Zito*, [1990] 2 S.C.R. 1520).

The foundations of this whole jurisprudence, however, were laid much earlier and it is my view that when s. 178.14(1)(*a*)(ii) of the *Criminal Code* was adopted in 1974, Parliament was entitled to rely on what was settled law at the time.

From time immemorial in the common law and under the *Criminal Code*, once a justice had authorized the issuance of a warrant, that authorization could not be challenged (see: *Poje v. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 S.C.R. 516, aff'g *sub nom. Canadian Transport (U.K.) Ltd. v. Alsbury*, [1953] 1 D.L.R. 385 (B.C.C.A.), and authorities referred to in judgments of the majority at pp. 406 and 418-19; *Maynard v. Maynard*, [1951] S.C.R. 346; *Badar Bee v. Habib Merican Noordin*, [1909] A.C. 615 (P.C.); and *Gibson v. Le Temps Publishing Co.* (1903), 6 O.L.R. 690 (C.A.), at pp. 694-95).

McIntyre J. held in *Wilson v. The Queen*, *supra*, at p. 604:

nombre d'appels que la Cour suprême du Canada a finalement été appelée à trancher.

Les deux points de vue reposaient sur une interprétation divergente du sous-al. 178.14(1)*a*)(ii). La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a estimé, pour sa part, dans l'arrêt *Re Regina and Dersch* (1987), 36 C.C.C. (3d) 435, que, puisque la règle formulée dans cette disposition était le secret du paquet scellé, l'exception devait être interprétée de façon restrictive. Pour la Cour d'appel de l'Ontario (*R. c. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142; *R. c. Lachance* (1988), 27 O.A.C. 45; *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1, et *R. c. Garofoli* (1988), 41 C.C.C. (3d) 97), le point de départ était le principe de la transparence énoncé dans l'arrêt *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, rendu avant l'adoption de la *Charte*, touchant le droit d'accès du public aux mandats de perquisition. La Cour suprême a épousé le point de vue ontarien (arrêts *Garofoli*, précité; *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, et *R. c. Zito*, [1990] 2 R.C.S. 1520).

Les assises de toute cette jurisprudence ont cependant été posées il y a bien plus longtemps et j'estime que le législateur, en adoptant en 1974 le sous-al. 178.14(1)*a*)(ii) du *Code criminel*, était en droit de s'appuyer sur l'état du droit tel qu'il existait à l'époque.

De temps immémorial en common law et aux termes du *Code criminel*, lorsqu'un juge de paix avait autorisé la délivrance d'un mandat, cette autorisation ne pouvait pas être contestée (voir *Poje c. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 R.C.S. 516, conf. *sub nom. Canadian Transport (U.K.) Ltd. c. Alsbury*, [1953] 1 D.L.R. 385 (C.A.C.-B.), et les arrêts cités dans les motifs de la majorité aux pp. 406, 418 et 419; *Maynard c. Maynard*, [1951] R.C.S. 346; *Badar Bee c. Habib Merican Noordin*, [1909] A.C. 615 (C.P.), et *Gibson c. Le Temps Publishing Co.* (1903), 6 O.L.R. 690 (C.A.), aux pp. 694 et 695).

Dans l'arrêt *Wilson c. La Reine*, précité, le juge McIntyre dit, à la p. 604:

The cases cited above and the authorities referred to therein confirm the well-established and fundamentally important rule, relied on in the case at bar in the Manitoba Court of Appeal, that an order of a court which has not been set aside or varied on appeal may not be collaterally attacked and must receive full effect according to its terms.

The authorizations in question here are all orders of a superior court. Unless Parliament has altered or varied the rule above-described, it would apply in this case. It would then follow that in this action to determine the guilt or innocence of the accused the trial judge was in error in entertaining a collateral attack on the validity of the authorizations and, in effect, going behind them. Support for this view, with some qualifications for cases where there has been a defect on the face of the authorization or fraud, is to be found in *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363 (Ont. C.A.), where Zuber J.A., at pp. 371-72, said:

> Ordinarily the trial Court is obliged to simply accept the authorization at face value. Cases in which a trial Court could decline to accept the authorization would be rare indeed and, without attempting to set out an exhaustive list, would include cases in which the authorization was defective on its face, or was vitiated by reason of having been obtained by a fraud. However, even an authorization that was said to be defective on its face may attract the curative provisions of s. 178.16(2)(*b*) . . . . [Emphasis added.]

He then said, at p. 605:

The question then is: has Parliament by the enactment of Part IV.1 of the *Criminal Code* altered the rule which would render the authorizations immune from collateral attack? In my opinion, the answer must be no.

McIntyre J. relied upon *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363 (Ont. C.A.), in which Zuber J.A. also stated, at p. 371:

The authorization, once given, enables the authorities to proceed to a lawful interception [of private communications]. A second consideration of the adequacy of the material supporting the authorization by the trial Judge, for the purpose of determining retrospectively whether or not the interception was lawful, is inconsistent with

Les arrêts déjà cités ainsi que la jurisprudence qui y est mentionnée confirment la règle bien établie et fondamentalement importante sur laquelle la Cour d'appel du Manitoba s'est fondée en l'espèce. Cette règle porte qu'une ordonnance d'une cour, qui n'a été ni annulée ni modifiée en appel, ne peut faire l'objet d'une attaque indirecte et doit être appliquée intégralement.

Les autorisations dont il est question en l'espèce sont toutes des ordonnances d'une cour supérieure. À moins que le Parlement n'ait de quelque façon modifié la règle précitée, elle s'applique en l'espèce. Il s'ensuit alors que, dans cette action visant à déterminer la culpabilité ou l'innocence de l'accusé, le juge du procès a eu tort de connaître d'une attaque indirecte portant sur la validité des autorisations et, en fait, de les vérifier. Sous réserve du cas où l'autorisation est à première vue entachée d'un vice et du cas où elle a été obtenue par la fraude, ce point de vue est appuyé par l'arrêt *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363 (C.A. Ont.), où le juge Zuber affirme, aux pp. 371 et 372:

> [TRADUCTION] Normalement, la cour de première instance doit simplement accepter l'autorisation telle quelle. Les cas où une cour de première instance pourrait refuser d'accepter l'autorisation seraient rares et, sans tenter de dresser une liste exhaustive, comprendraient ceux où elle est à première vue entachée d'un vice ainsi que ceux où elle a été obtenue par la fraude. Cependant, même une autorisation que l'on prétend entachée d'un vice à première vue peut bénéficier des dispositions réparatrices de l'al. 178.16(2)*b*). . . [Je souligne.]

Puis, il ajoute, à la p. 605:

La question est donc la suivante: le Parlement a-t-il, par l'adoption de la partie IV.1 du *Code criminel*, modifié la règle selon laquelle les autorisations ne peuvent faire l'objet d'une attaque indirecte? À mon avis, la réponse doit être «non».

Le juge McIntyre s'est fondé sur l'arrêt *R. c. Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363 (C.A. Ont.), où le juge Zuber dit aussi, à la p. 371:

[TRADUCTION] Une fois accordée, l'autorisation habilite les autorités à effectuer légalement l'interception [de communications privées]. Un second examen visant à déterminer si les documents soumis au juge du procès à l'appui de la demande d'autorisation étaient adéquats et à déterminer a posteriori si l'interception était légale, est

the whole scheme of Part IV.1 of the *Code*. [Emphasis added.]

Wilson v. The Queen, *supra*, was unanimously re-affirmed by this Court in *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764: an authorization which has not been set aside is not subject to collateral attack and must be given full effect according to its terms.

Before the advent of the *Charter*, once an authorization to intercept private communications was given and appeared on its face to be valid, no further search into its confidential materials could be done, except in rare and exceptional circumstances (*Re Royal Commission Inquiry into the Activities of Royal American Shows Inc. (No. 3)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 212 (Alta. S.C.T.D.), at p. 220). Rare and exceptional circumstances were found to occur where the authorization was obtained by fraud, non-disclosure or for an unlawful purpose or where a man's innocence was directly at stake (*Re Miller and Thomas and The Queen* (1975), 23 C.C.C. (2d) 257 (B.C.S.C.)), or where the evidence was not compatible with the face of the authorization (*R. v. Cheng* (1976), 33 C.C.C. (2d) 441 (B.C. Co. Ct.), at p. 444; *R. v. Madden*, Ont. Co. Ct., April 28, 1977, at p. 45 (Locke Co. Ct. J.), unreported). This list of exceptional circumstances was held not to be exhaustive (*R. v. Wai Ting Li (No. 1)*, [1976] 6 W.W.R. 128 (B.C. Co. Ct.), at p. 137; *Welsh and Iannuzzi*, *supra*, at pp. 371-72), but the study of the case law shows that it was in fact; no other "exceptional circumstances" were mentioned. Similar reasons to review the authorizations were given by the courts: "fraud or deception" (*Wai Ting Li*, *supra*, at p. 137); "deception, fraud or an error or mistake or omission amounting to a substantive defect" (*R. v. Haslam* (1976), 3 C.R. (3d) 248 (Nfld. Dist. Ct.), at p. 256).

For example, in *Re Stewart and The Queen* (1976), 30 C.C.C. (2d) 391 (Ont. H.C.), the authorization was successfully challenged by the defence on the ground that the Crown had not mentioned to the authorizing judge that a similar charge had

incompatible avec l'esprit de la partie IV.1 du *Code*. [Je souligne.]

L'arrêt *Wilson c. La Reine*, précité, a été réaffirmé par notre Cour à l'unanimité dans l'arrêt *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764: une autorisation qui n'a pas été annulée ne peut faire l'objet d'une attaque indirecte et doit être appliquée intégralement.

Avant l'entrée en vigueur de la *Charte*, lorsqu'une autorisation d'intercepter des communications privées avait été accordée et était à première vue valide, l'on ne pouvait pas examiner à nouveau les documents confidentiels déposés à l'appui, sauf dans des cas rares et exceptionnels (*Re Royal Commission Inquiry into the Activities of Royal American Shows Inc. (No. 3)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 212 (C.S. Alb. 1re inst.), à la p. 220). C'était notamment le cas si l'autorisation avait été obtenue par la fraude, grâce à une non-divulgation ou dans un dessein illicite, ou quand la démonstration de l'innocence d'une personne était directement en cause (*Re Miller and Thomas and The Queen* (1975), 23 C.C.C. (2d) 257 (C.S.C.-B.)), ou encore quand la preuve était incompatible avec les termes exprès de l'autorisation (*R. c. Cheng* (1976), 33 C.C.C. (2d) 441 (C. cté C.-B.), à la p. 444; *R. c. Madden*, C. cté Ont., 28 avril 1977, à la p. 45 (le juge Locke), inédit). Les tribunaux ont déclaré que cette liste de cas exceptionnels n'était pas exhaustive (*R. c. Wai Ting Li (No. 1)*, [1976] 6 W.W.R. 128 (C. cté C.-B.), à la p. 137; *Welsh and Iannuzzi*, précité, aux pp. 371 et 372), mais l'examen de la jurisprudence montre qu'elle l'est en fait; aucun autre «cas exceptionnel» n'a été mentionné. Les tribunaux ont cité d'autres raisons semblables pour reconsidérer les autorisations: [TRADUCTION] «la fraude ou la tromperie» (*Wai Ting Li*, précité, à la p. 137); [TRADUCTION] «la tromperie, la fraude ou une erreur ou une omission équivalant à un vice important» (*R. c. Haslam* (1976), 3 C.R. (3d) 248 (C. dist. T.-N.), à la p. 256).

Par exemple, dans l'affaire *Re Stewart and The Queen* (1976), 30 C.C.C. (2d) 391 (H.C. Ont.), l'autorisation a été contestée avec succès par la défense pour le motif que le ministère public n'avait pas informé le juge qui a accordé l'autori-

already been laid against the accused without electronic surveillance. This non-disclosure vitiated the authorization because it withheld from the authorizing judge that other means of investigation existed; the wiretapping was not, therefore, appropriate.

This illustrates that, in the pre-*Charter* era, authorizations to intercept private communications could not be challenged, unless fraud or non-disclosure was alleged. (See: *Re Regina and Kozak* (1976), 32 C.C.C. (2d) 235 (B.C.S.C.); *Re Regina and Collos* (1977), 37 C.C.C. (2d) 405 (B.C.C.A.); *R. v. Gill* (1980), 18 C.R. (3d) 390 (B.C.C.A.). See also: Stanley A. Cohen, *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada* (1983), at pp. 156-58; Daniel A. Bellemare, *L'écoute électronique au Canada* (1981), at pp. 352-61; and David Watt, *Law of Electronic Surveillance in Canada* (1979), at pp. 248-55.) There was simply no right for an accused to have the sealed packet opened upon request. Dickson J. (later C.J.), in a concurrent opinion in *Wilson v. The Queen*, *supra*, found that the trial judge had made a *prima facie* finding of misleading disclosure and, therefore, expressed the following *obiter dictum*, at p. 622:

> It is not necessary to decide whether this restricted view of s. 178.14 is correct. There is a broad consensus that *prima facie* evidence of fraud or non-disclosure is a valid reason for opening the packet. Misleading disclosure would be in the same category. [Emphasis added.]

Any application for review of an authorization had to be presented before the court that made it (*Wilson v. The Queen*, *supra*, at p. 607 (McIntyre J.)). However, a mere attempt to attack the admissibility of the evidence based on speculation was not enough *per se*. As Bellemare, *supra*, wrote, at p. 353:

> [TRANSLATION] It must first be pointed out that the review of the authorization implicitly provided for in s. 178.14(1)(a)(ii) must not be used as a pretext for "*fishing expeditions*". In other words, the remedy provided

sation qu'une accusation semblable avait déjà été portée contre l'accusé sans qu'on ait eu recours à l'écoute électronique. L'autorisation était viciée du fait de cette non-divulgation, parce que l'on avait caché au juge qui l'a accordée le fait qu'il y avait d'autres méthodes d'enquête possibles; l'écoute électronique n'était donc pas un moyen approprié.

Voilà qui démontre que, avant l'adoption de la *Charte*, les autorisations d'intercepter des communications privées ne pouvaient pas être contestées, sauf en cas d'allégation de fraude ou de non-divulgation. (Voir *Re Regina and Kozak* (1976), 32 C.C.C. (2d) 235 (C.S.C.-B.); *Re Regina and Collos* (1977), 37 C.C.C. (2d) 405 (C.A.C.-B.), et *R. c. Gill* (1980), 18 C.R. (3d) 390 (C.A.C.-B.). Voir aussi Stanley A. Cohen, *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada* (1983), aux pp. 156 à 158; Daniel A. Bellemare, *L'écoute électronique au Canada* (1981), aux pp. 352 à 361; et David Watt, *Law of Electronic Surveillance in Canada* (1979), aux pp. 248 à 255.) L'ouverture du paquet scellé ne constituait simplement pas un droit accordé à l'accusé sur demande. Dans ses motifs concordants dans l'arrêt *Wilson c. La Reine*, précité, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), estimant que le juge du procès avait conclu *prima facie* qu'il y avait eu déclaration trompeuse, a émis en conséquence l'*obiter dictum* qui suit, à la p. 622:

> Il n'est pas nécessaire de décider si cette interprétation restrictive de l'art. 178.14 est exacte. On s'entend généralement pour dire qu'une preuve *prima facie* de fraude ou de non-divulgation justifie l'ouverture du paquet. Il en irait de même des déclarations trompeuses. [Je souligne.]

Toute demande de révision d'une autorisation devait être présentée devant le tribunal qui l'avait accordée (*Wilson c. La Reine*, précité, à la p. 607 (le juge McIntyre)). Toutefois, une simple tentative d'attaquer sur simple conjecture l'admissibilité de la preuve n'était pas suffisante en soi. Comme le note Bellemare, *op. cit.*, à la p. 353:

> Il faut d'abord souligner que la révision de l'autorisation prévue implicitement par l'article 178.14(1)(a)(ii) ne doit pas servir de prétexte à des «*expéditions de pêche*». Autrement dit, le recours prévu par l'article

for in s. 178.14(1)(a)(ii) was not enacted to *DISCOVER* any substantive irregularities that may have tainted the authorization issuing process, but rather to *ASCERTAIN* and *CONFIRM* the existence of substantive defects otherwise discovered by the applicant, which must have been previously alleged and established by him in court. [Emphasis added; italics in original.]

In my view, the following passage of Anderson J.'s (later J.A.) decision in *Miller and Thomas*, *supra*, at p. 288, represented the state of the law at the time:

Another reason for holding that there is no right of review, is that, in my opinion, Parliament did not provide for or intend that the sealed packet be opened merely for the purpose of ascertaining whether grounds existed for quashing the authorization. I do not think that a judicial discretion (to open the packet) should be exercised on the basis that defence counsel wish to engage in a fishing expedition. Surely, at the very least, some grounds must be stated before an application to open the packet can succeed. If this were not so, the material which Parliament ordered should be kept secret would become a matter of public knowledge, in every case, where it was stated that the Crown wished to make use of private communications or evidence derived by the use of private communications. All that would be required to obtain an order to have the packet opened and copies of the material made available to defence counsel would be a request that counsel desired to see the material contained in the sealed packet for purposes of their defence. Although it may be presumed that 99% of all affidavits filed pursuant to s. 178.13 would be flawless in every respect, yet the highly confidential material would be aired to public view in all cases. [Emphasis added.]

This view is consistent with the general and long held rule in criminal and civil law forbidding fishing expeditions (*Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709; *McKercher v. Vancouver-Iowa Shingle Co.*, [1929] 4 D.L.R. 231 (B.C.S.C.); *Wright v. Doe* (1837), 7 AD. & E. 313, 112 E.R. 488 (Ex. Ch.); *Cross on Evidence* (7th ed. 1990), at pp. 51 *et seq.*; *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1976), vol. 17, para. 5, at p. 7; and *Wigmore on Evidence* (3rd ed. 1940), vol. 1, para. 9, at p. 289). See also, in the context of wiretap authorizations: *Re Royal Commission Inquiry into the Activities of Royal American Shows Inc. (No. 3)*, *supra*, at p. 219; *Haslam*, *supra*, at pp. 256-58; *R. v. Sabloff*, Sup.

178.14(1)(a)(ii) n'a pas été édicté pour *DÉCOUVRIR* d'éventuelles irrégularités de fond ayant pu entacher le processus d'émission de l'autorisation, mais plutôt pour *VÉRIFIER* et *CONFIRMER* l'existence de vices de fond autrement découverts par le requérant, lesquels ont dû avoir été allégués et établis préalablement par lui devant le tribunal. [Je souligne; en italique dans l'original.]

À mon avis, le passage suivant des motifs du juge Anderson (plus tard juge de la Cour d'appel) dans l'affaire *Miller and Thomas*, précitée, à la p. 288, représente l'état du droit à l'époque:

[TRADUCTION] Pour affirmer qu'il n'y a aucun droit de révision, on peut invoquer aussi, à mon sens, l'argument que le législateur n'a ni prescrit ni voulu que l'on puisse ouvrir le paquet scellé simplement pour vérifier s'il existe des motifs d'annuler l'autorisation. Je ne pense pas que la volonté des avocats de la défense de faire une expédition de pêche justifie l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire (pour l'ouverture du paquet). Il est certain que ce dernier doit, à tout le moins, faire valoir certains motifs pour que la cour fasse droit à sa demande d'ouverture du paquet. Sans quoi, les documents que le législateur a prescrit de garder secrets seraient portés à la connaissance du public, dans tous les cas où le ministère public voudrait utiliser des communications privées ou des éléments de preuve tirés de telles communications. Pour obtenir une ordonnance portant ouverture du paquet scellé et remise de copies des documents aux avocats de la défense, ceux-ci n'auraient qu'à demander l'accès aux documents contenus dans le paquet scellé en vue de se préparer au procès. Bien qu'on puisse présumer que 99 pour 100 des affidavits déposés conformément à l'art. 178.13 seraient irréprochables à tous égards, les documents à caractère confidentiel seraient rendus publics dans tous les cas. [Je souligne.]

Cette opinion va dans le sens de la règle générale, établie depuis longtemps, tant en droit pénal qu'en droit civil, qui interdit les expéditions de pêche (*Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709; *McKercher c. Vancouver-Iowa Shingle Co.*, [1929] 4 D.L.R. 231 (C.S.C.-B.); *Wright c. Doe* (1837), 7 AD. & E. 313, 112 E.R. 488 (Ex. Ch.); *Cross on Evidence* (7e éd. 1990), aux pp. 51 et suiv.; *Halsbury's Laws of England* (4e éd. 1976), vol. 17, par. 5, à la p. 7, et *Wigmore on Evidence* (3e éd. 1940), vol. 1, par. 9, à la p. 289). Voir aussi, dans le contexte des autorisations d'écoute électronique: *Re Royal Commission Inquiry into the Activities of Royal American Shows Inc. (No. 3)*, précité, à la

Ct. Montréal, No. 500-27-005928-79, October 10, 1979, J.E. 80-73, at p. 13 (Greenberg J.); *Re Donnelly and Acheson and The Queen* (1976), 29 C.C.C. (2d) 58 (Alta. S.C.T.D.), at p. 65; *Re Stewart and The Queen, supra*, at pp. 401-2; and *R. v. Sklar*, B.C.S.C., October 17, 1975, at p. 11 (Toy J.), unreported.

That was before the *Charter*. Since the advent of the *Charter*, a line of cases ordering unlimited access to the sealed packet arose and culminated with the majority opinion of this Court in *Garofoli, Lachance, Dersch* and *Zito, supra*.

A review of post-*Charter* decisions involving the opening of the sealed packet begins with the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused, February 28, 1986, [1986] 1 S.C.R. ix). Martin J.A. (Blair J.A. and Cory J.A. (now of this Court) concurring) stated at p. 76:

> The case-law severely restricts the accused's access to the sealed packet and generally is to the effect that the sealed packet may only be opened where there is *prima facie* evidence of fraud or non-disclosure: see *Re Miller and Thomas and The Queen* . . . ; *Re Stewart and The Queen* . . . ; *Re Royal Com'n Inquiry into Activities of Royal American Shows Inc. (No. 3)* . . . ; Watt . . . ; Cohen . . . [References omitted.]

However, as Martin J.A. noted (at p. 77):

> Counsel for the appellants stated that in consequence of the restriction placed on an accused's access to the sealed packet, the accused finds himself in an impossible situation. To ascertain whether there has been fraud or non-disclosure he requires access to the sealed packet, but he cannot gain access to the sealed packet unless he proves fraud or non-disclosure . . . .
>
> Counsel for the appellants contended that the denial to the accused of access to the application and accompanying material leading to the authorization precludes the accused from making full answer and defence and hence Part IV.1 is unconstitutional. Mr. Hubbard for the Attor-

p. 219, *Haslam*, précité, aux pp. 256 à 258; *R. c. Sabloff*, C.S. Montréal, nº 500-27-005928-79, 10 octobre 1979, J.E. 80-73, à la p. 13 (le juge Greenberg); *Re Donnelly and Acheson and The Queen* (1976), 29 C.C.C. (2d) 58 (C.S. Alb. 1re inst.), à la p. 65; *Re Stewart and The Queen*, précité, aux pp. 401 et 402, et *R. c. Sklar*, C.S.C.-B., 17 octobre 1975, à la p. 11 (le juge Toy), inédit.

C'était avant la *Charte*. Depuis son adoption, un courant jurisprudentiel accordant l'accès illimité au paquet scellé s'est fait jour et a culminé avec l'opinion exprimée, à la majorité, par notre Cour dans les arrêts *Garofoli, Lachance, Dersch* et *Zito*, précités.

L'examen des décisions postérieures à la *Charte* qui préconisent l'ouverture du paquet scellé commence par l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. c. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée, le 28 février 1986, [1986] 1 R.C.S. ix). Le juge Martin (avec l'appui du juge Blair et du juge Cory (maintenant juge de notre Cour)) affirme, à la p. 76:

> [TRADUCTION] La jurisprudence restreint strictement l'accès de l'accusé au paquet scellé et prescrit généralement que le paquet ne peut être ouvert que si une preuve *prima facie* de fraude ou de non-divulgation a été présentée; voir *Re Miller and Thomas and The Queen* [. . .], *Re Stewart and The Queen* [. . .], *Re Royal Com'n Inquiry into Activities of Royal American Shows Inc. (No. 3)* [. . .]; Watt [. . .], Cohen [. . .] [Références omises.]

Toutefois, le juge Martin fait remarquer (à la p. 77):

> [TRADUCTION] L'avocat des appelants a affirmé que, par suite de la restriction imposée au droit d'accès de l'accusé au contenu du paquet scellé, l'accusé se trouve dans une situation impossible. Pour établir s'il y a eu fraude ou non-divulgation, il doit avoir accès au contenu du paquet scellé, mais il ne peut y avoir accès à moins de prouver la fraude ou la non-divulgation. [. . .]
>
> L'avocat des appelants a soutenu qu'en refusant à l'accusé l'accès à la demande d'autorisation et aux documents à l'appui, on le prive d'une défense pleine et entière et que, en conséquence, la partie IV.1 est inconstitutionnelle. Au nom du procureur général du Canada,

ney-General of Canada responded to this argument by pointing out, quite correctly in my view, that no provision in Part IV.1 and, in particular, no provision in s. 178.14 providing for the confidentiality of the material leading to the authorization denies an *accused* access to that material where it is essential to his defence. Rather, he said such denial results from the way in which the provisions have been interpreted by the courts. [Italics in original.]

He then observed (at p. 77):

It may be that the interests protected by the policy underlying the restriction of an accused's access to the sealed packet can in many cases be effectively protected in other ways, *e.g.*, by deleting in the copy supplied to the accused the names of informers and innocent persons who might be injured by the revelation of their names.

In *Wilson v. The Queen, supra*, Mr. Justice Dickson said at p. 621 S.C.R., p. 109 C.C.C., p. 589 D.L.R.:

The affidavit would not need to be made public in order to rule evidence inadmissible; selected aspects only could be made public. As Stanley A. Cohen suggests in his work *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada* (1983), the integrity of the packet might be preserved "through judicial screening and, if access is necessary, judicial editing" (p. 155).

Martin J.A., while dismissing the appeal, then concluded as follows at p. 77:

In any event, I do not consider that the case-law restricting the accused's access to the sealed packet renders Part IV.1 unconstitutional. The restriction may be relevant to the issue of whether the accused in a particular case has been denied a fair trial, secured by s. 7 of the *Charter*, but it does not render Part IV.1 unconstitutional as contravening s. 8 of the *Charter*. [Emphasis added.]

That decision was interpreted in subsequent cases as a proposition for the opening of the packet even in the absence of allegations of fraud, non-disclosure or misleading disclosure (*R. v. Ross* (1985), 26 C.C.C. (3d) 264 (Ont. Dist. Ct.); *R. v.*

Me Hubbard a répondu à cet argument en soulignant — ce en quoi il a tout à fait raison, à mon sens — qu'aucune disposition de la partie IV.1 et, en particulier, aucune disposition de l'art. 178.14 assurant le secret des documents relatifs à l'autorisation ne prive *l'accusé* de l'accès aux documents, s'ils sont essentiels à sa défense. Il a dit que le refus résulte plutôt de la manière dont les tribunaux ont interprété les dispositions. [En italique dans l'original.]

Puis, il fait observer (à la p. 77):

[TRADUCTION] Il se peut que les intérêts protégés par la ligne de conduite qui sous-tend la restriction de l'accès de l'accusé au paquet scellé puissent dans bon nombre de cas être protégés efficacement par d'autres moyens, par exemple, par la suppression sur la copie remise à l'accusé du nom des indicateurs et des innocents auxquels la divulgation de leur identité risque de porter préjudice.

Dans l'arrêt *Wilson c. La Reine*, précité, le juge Dickson dit, à la p. 621 R.C.S., à la p. 109 C.C.C., à la p. 589 D.L.R.:

Il ne serait pas nécessaire, pour juger un élément de preuve inadmissible, de rendre public l'affidavit; il serait possible de n'en rendre publics que certains aspects. Comme le laisse entendre Stanley A. Cohen dans son ouvrage *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada* (1983), l'intégrité du paquet pourrait être préservée [TRADUCTION] «au moyen d'un tri judiciaire initial et, si l'accès est nécessaire, au moyen d'une sélection judiciaire» (à la p. 155).

Rejetant l'appel, le juge Martin conclut tout de même, à la p. 77:

[TRADUCTION] Quoi qu'il en soit, j'estime que la jurisprudence en faveur d'un droit d'accès restreint de l'accusé au paquet scellé ne rend pas la partie IV.1 inconstitutionnelle. La restriction est peut-être pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si l'accusé dans un cas particulier a été privé d'un procès équitable, garanti par l'art. 7 de la *Charte*, mais elle ne rend pas la partie IV.1 inconstitutionnelle au regard de l'art. 8 de la *Charte*. [Je souligne.]

Cette décision a été interprétée comme permettant l'ouverture du paquet même en l'absence d'allégation de fraude, de non-divulgation ou de divulgation trompeuse (*R. c. Ross* (1985), 26 C.C.C. (3d) 264 (C. dist. Ont.); *R. c. Wood* (1986), 26

Wood (1986), 26 C.C.C. (3d) 77 (Ont. H.C.); *R. v. Martel* (1986), 27 C.C.C. (3d) 508 (P.E.I.S.C. *in banco*); *R. v. Stacey*, Ont. H.C., May 20, 1986, Callaghan A.C.J.H.C., unreported; *R. v. Birt and Anderson* (1986), 31 C.C.C. (3d) 176 (Alta. Q.B.); *R. v. Madsen and Scobel* (1986), 31 C.C.C. (3d) 249 (N.W.T.S.C.); *R. v. Graves* (1987), 31 C.C.C. (3d) 552 (N.S.S.C.T.D.); *R. v. Pascoe* (1987), 32 C.C.C. (3d) 61 (Sask. Q.B.); and *R. v. Martin* (1986), 32 C.C.C. (3d) 257 (Ont. H.C.)).

A contrary view was expressed in *Miller and Thomas*, *supra*, where Anderson J. held that the sealed packet could only be opened where an accused had demonstrated that an authorization was obtained by fraud, non-disclosure or for an unlawful purpose. That decision was also followed in a number of subsequent cases (*R. v. Rowbotham* (1984), 42 C.R. (3d) 164 (Ont. H.C.); *Re Regina and Dersch* (1986), 32 C.C.C. (3d) 346 (B.C.S.C.); *R. v. Stensrud and Smith* (1987), 56 Sask. R. 44 (Q.B.)), and particularly in the case of *Dersch* (B.C.C.A.), *supra*, where Esson J.A. (later C.J.S.C.) undertook a comprehensive and detailed analysis of the case law on this issue including *Parmar (No. 1)*, *supra*. In that case, Watt J. of the Ontario High Court of Justice had recognized an automatic right to access to the sealed packet by an accused. Esson J.A. strongly objected to *Parmar (No. 1)*'s "constitutional right to fish" in the following terms (at p. 465):

> The law forbids fishing in [constitutional] waters. The law which forbids fishing does not offend the constitution. It is therefore in full force and effect. So there must still be no fishing in these waters.

Concluding that the automatic opening of the packet was neither a constitutional requirement nor a proper interpretation of s. 178.14(1)(*a*)(ii) of the *Criminal Code*, Esson J.A. summarized his reasons (at pp. 475-76):

> The basic reason for that conclusion is that the Charter has not affected, in any general way, the statutory and case law which restricts access to the packet and pre-

C.C.C. (3d) 77 (H.C. Ont.); *R. c. Martel* (1986), 27 C.C.C. (3d) 508 (C.S.Î.-P.-É. en banc); *R. c. Stacey*, H.C. Ont., 20 mai 1986, le juge en chef adjoint Callaghan, inédit; *R. c. Birt and Anderson* (1986), 31 C.C.C. (3d) 176 (B.R. Alb.); *R. c. Madsen and Scobel* (1986), 31 C.C.C. (3d) 249 (C.S.T.N.-O.); *R. c. Graves* (1987), 31 C.C.C. (3d) 552 (C.S.N.-É. 1re inst.); *R. c. Pascoe* (1987), 32 C.C.C. (3d) 61 (B.R. Sask.), et *R. c. Martin* (1986), 32 C.C.C. (3d) 257 (H.C. Ont.)).

Dans l'affaire *Miller and Thomas*, précitée, le juge Anderson a émis une opinion contraire, disant que le paquet scellé ne pouvait être ouvert que si l'accusé montrait que l'autorisation avait été obtenue par la fraude, grâce à une non-divulgation ou dans un dessein illicite. Cette décision a également été suivie dans nombre d'affaires (*R. c. Rowbotham* (1984), 42 C.R. (3d) 164 (H.C. Ont.); *Re Regina and Dersch* (1986), 32 C.C.C. (3d) 346 (C.S.C.-B.); *R. c. Stensrud and Smith* (1987), 56 Sask. R. 44 (B.R.)) et, surtout, dans l'arrêt *Dersch* (C.A.C.-B.), précité, où le juge Esson (plus tard juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique) a fait une analyse complète et détaillée de la jurisprudence sur la question, notamment, de la décision *Parmar (nº 1)*, précitée, dans laquelle le juge Watt de la Haute Cour de justice de l'Ontario a reconnu à l'accusé un droit d'accès automatique au paquet scellé. Le juge Esson s'est énergiquement opposé à la reconnaissance, prônée dans la décision *Parmar (nº 1)*, d'un [TRADUCTION] «droit garanti par la Constitution aux expéditions de pêche», dans les termes suivants (à la p. 465):

> [TRADUCTION] Le droit interdit les expéditions de pêche [en matière constitutionnelle]. Cette interdiction ne porte pas atteinte à la Constitution. Elle doit donc être appliquée intégralement. L'interdiction d'expéditions de pêche en cette matière reste donc valable.

Le juge Esson conclut que ni la Constitution ni l'interprétation correcte du sous-al. 178.14(1)*a*)(ii) du *Code criminel* n'exigent l'ouverture automatique du paquet; il résume ensuite ses motifs (aux pp. 475 et 476):

> [TRADUCTION] Le motif fondamental de cette conclusion est que la Charte n'a pas modifié de manière générale la législation et la jurisprudence qui restreignent l'accès au

cludes the trial judge from going behind the authorization. That follows from the finding that Part IV.1 is consistent with the Charter.

The reasoning in the unrestricted access cases disregards the significance of the constitutionality of the legislation and, beyond that, is based on errors including the following:

1. It relies upon a process of reading down the language of the law and reading in substitute provisions deemed by the court to be more appropriate. That approach would not be permissible even if done with a view to salvaging the constitutionality of the law (*Hunter v. Southam*). It is even less justified when done in respect of a law of unchallenged constitutionality.

2. It gives to the language of ss. 7 and 11(*d*) of the Charter expanded meanings without regard to the history and traditions of our law; and without regard to the purpose intended to be achieved by the Charter sections.

3. It overlooks the significance of s. 24(2) which is the specific Charter provision governing exclusion of evidence; and overlooks the consideration that the careful balancing of interests in that section renders it particularly inappropriate to apply the Charter to extend the scope of the arbitrary and unbalanced exclusionary rule embodied in s. 178.16 of the *Code*.

4. It applies the presumption of innocence, which is applicable to individuals who face charges, to negate general laws based on the recognition that we have and always will have crime and criminals.

In *Playford, supra*, the Ontario Court of Appeal rejected Esson J.A.'s analysis on the basis that (at pp. 180-81, Goodman J.A. (Blair and Cory JJ.A. concurring)):

> ... once the authorization and any renewal thereof has expired or the investigation of the offence and the persons suspected of being involved therein has been completed, there is no logical or policy reason to refuse to reveal the contents of the sealed packet, provided that, where appropriate to protect the identity of an informant, the contents of the sealed packet may be properly edited. It is no answer to say that the provision of access by the accused to the affidavit may result in a fishing expedition which will unduly lengthen trials .... There is no sensible reason for requiring an accused to provide

contenu du paquet et qui empêchent le juge du procès de vérifier l'autorisation. Cela découle de la conclusion que la partie IV.1 est compatible avec la Charte.

Le raisonnement tenu par les juges qui ont opté pour l'accès illimité ne tient pas compte de l'importance de la constitutionnalité de la loi et, en outre, repose sur certaines erreurs, dont les suivantes:

1. Il procède d'une interprétation atténuée des termes de la loi et du remplacement de ceux-ci par d'autres jugés plus appropriés par le tribunal. Cette méthode serait inacceptable même si elle visait à préserver la constitutionnalité de la loi (*Hunter c. Southam*). Elle est encore moins justifiée quand elle touche une loi dont la constitutionnalité n'est pas attaquée.

2. Il donne une interprétation large à l'art. 7 et à l'al. 11*d*) de la Charte sans faire cas de l'histoire et des traditions de notre droit, et sans faire cas du but visé par les dispositions de la Charte.

3. Il oublie l'importance du par. 24(2), qui est la disposition de la Charte qui régit explicitement l'exclusion d'éléments de preuve, et il oublie cet autre facteur: le juste équilibre établi entre les intérêts en cause dans ce paragraphe fait en sorte qu'il est particulièrement contre-indiqué d'appliquer la Charte de façon à élargir la portée de la règle d'exclusion arbitraire et caractérisée par l'absence d'équilibre qu'énonce l'art. 178.16 du *Code*.

4. Il applique la présomption d'innocence, qui est applicable aux inculpés, de façon à nier des règles de droit générales qui sont fondées sur la reconnaissance du fait qu'il y a et qu'il y aura toujours des crimes et des criminels.

Dans l'arrêt *Playford*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario écarte l'analyse du juge Esson pour la raison qui suit (aux pp. 180 et 181) (le juge Goodman avec l'appui du juge Blair et du juge Cory):

> [TRADUCTION] . . . quand l'autorisation, initiale ou renouvelée, est expirée ou que l'enquête relative à l'infraction et aux suspects est terminée, il n'y a aucune raison logique ni aucune raison de principe qui justifie le refus de divulguer le contenu du paquet scellé, pourvu qu'il puisse être révisé dans la mesure nécessaire pour cacher l'identité d'un indicateur. L'on ne saurait opposer l'argument que le fait d'en donner accès à l'accusé peut entraîner des expéditions de pêche susceptibles de retarder le procès. [. . .] Il n'est pas raisonnable d'obliger l'accusé à faire la preuve des raisons pour lesquelles

an evidentiary basis for requiring a sealed packet to be opened. As pointed out previously, the evidentiary basis may exist in the material in the sealed packet to which he [or she] does not have access.

Playford was followed in the subsequent cases of *Rowbotham*, *Lachance* and *Garofoli* of the Ontario Court of Appeal. In *R. v. Zito* (1988), 42 C.C.C. (3d) 565, McCarthy J.A. of the Quebec Court of Appeal (Bisson J.A. (now C.J.) and Philippon J. (*ad hoc*) concurring) applied the decisions of the Ontario Court of Appeal in *Rowbotham* and *Garofoli* to hold that the sealed packet must be opened. *Garofoli*, *Lachance*, *Dersch* and *Zito* reached our Court where a majority agreed with the positions taken by the Court of Appeal of Ontario. In *Dersch*, Sopinka J. for the majority held, at p. 1517:

> *Prima facie* misconduct is not required to be shown by the accused applicant who seeks access to the sealed packet. The assertion, as in this case, that the admission of the evidence is challenged and that access is required in order to permit full answer and defence to be made is sufficient.

The minority, *per* McLachlin J., in which I concurred, "[o]n a balancing approach", would have required an accused to "make a preliminary showing that his or her interest in privacy or a fair trial justifies opening the packet" (*Garofoli, supra*, at p. 1482). That view did not prevail.

That there is an automatic right for an accused to open the sealed packet was settled by *Dersch*. Also, in accordance with such a right, that the judge on a *Wilson* review is entitled to edit the contents of the sealed package to protect the state's legitimate interest in the non-disclosure of the identity of informers and the police investigation techniques is settled by *Garofoli*.

Section 178.14 of the *Criminal Code* of 1970 was the law at the time of the trials in *Garofoli*, *Lachance*, *Dersch* and *Zito* and, accordingly, our judgments in those cases were based on s. 178.14

le paquet scellé devrait être ouvert. Comme nous l'avons déjà souligné, ces raisons peuvent se trouver dans le paquet scellé auquel il [ou elle] n'a pas accès.

L'arrêt *Playford* a été suivi dans les arrêts *Rowbotham*, *Lachance* et *Garofoli* de la Cour d'appel de l'Ontario. Dans l'arrêt *Zito c. La Reine*, [1988] R.J.Q. 1539, le juge McCarthy de la Cour d'appel du Québec (avec l'appui du juge Bisson (maintenant Juge en chef) et du juge Philippon (*ad hoc*)) a appliqué les décisions de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Rowbotham* et *Garofoli*, et statué que le paquet scellé devait être ouvert. Saisie des affaires *Garofoli*, *Lachance*, *Dersch* et *Zito*, notre Cour a souscrit, à la majorité, au point de vue adopté par la Cour d'appel de l'Ontario. Dans l'arrêt *Dersch*, le juge Sopinka conclut au nom de la majorité, à la p. 1517:

> L'accusé requérant qui cherche à avoir accès au contenu du paquet scellé n'est pas tenu de faire la preuve *prima facie* de conduite répréhensible. L'affirmation, comme en l'espèce, que l'utilisation de la preuve est contestée et qu'il est nécessaire d'avoir accès au contenu du paquet pour préparer une défense pleine et entière, est suffisante.

Pour la minorité, le juge McLachlin, aux motifs de laquelle j'ai souscrit, a émis l'avis que, «[s]elon la méthode de conciliation» des intérêts opposés, l'accusé «doit d'abord démontrer que son intérêt en matière de droit à la vie privée ou de droit à un procès équitable justifie l'ouverture du paquet» (*Garofoli*, précité, à la p. 1482). Ce point de vue ne l'a pas emporté.

Le droit automatique de l'accusé d'ouvrir le paquet scellé a été reconnu dans l'arrêt *Dersch*. De même, conformément à ce droit, l'arrêt *Garofoli* a établi le droit du juge saisi d'une requête en révision de type *Wilson* d'éditer le contenu du paquet scellé pour protéger l'intérêt légitime de l'État dans la non-divulgation de l'identité des indicateurs et des techniques d'enquête de la police.

L'article 178.14 du *Code criminel* de 1970 était en vigueur à l'époque des procès dans les affaires *Garofoli*, *Lachance*, *Dersch* et *Zito*, et nos jugements dans celles-ci étaient fondés sur cette dispo-

of the *Criminal Code*. Since then, s. 178.14 was reenacted as s. 187 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (in the new Part VI), and amended by the *Criminal Law Amendment Act, 1985*, R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.). This amendment has not modified the substance of the former s. 178.14(1)(*a*)(ii). The present appeals are governed by this s. 187:

187. (1) All documents relating to an application made pursuant to section 185 or subsection 186(6) or 196(2) are confidential and, with the exception of the authorization, shall be placed in a packet and sealed by the judge to whom the application is made immediately on determination of the application, and that packet shall be kept in the custody of the court in a place to which the public has no access or in such other place as the judge may authorize and shall not be

(*a*) opened or the contents thereof removed except

(i) for the purpose of dealing with an application for renewal of the authorization, or

(ii) pursuant to an order of a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 552; [Modifications underlined.]

However, that s. 187 of the *Criminal Code* was repealed by *An Act to amend the Criminal Code, the Crown Liability and Proceedings Act and the Radiocommunication Act*, S.C. 1993, c. 40, s. 7 (Bill C-109), which came into force on August 1, 1993, and replaced by the following disposition:

187. (1) All documents relating to an application made pursuant to any provision of this Part are confidential and, subject to subsection (1.1), shall be placed in a packet and sealed by the judge to whom the application is made immediately on determination of the application, and that packet shall be kept in the custody of the court in a place to which the public has no access or in such other place as the judge may authorize and shall not be dealt with except in accordance with subsections (1.2) to (1.5).

(1.1) An authorization given under this Part need not be placed in the packet except where, pursuant to subsection 184.3(7) or (8), the original authorization is in the hands of the judge, in which case that judge must place it in the packet and the facsimile remains with the applicant.

sition. Depuis lors, l'art. 178.14 a été repris sous la forme de l'art. 187 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (dans la nouvelle partie VI), et modifié par la *Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, L.R.C. (1985), ch. 27 (1er suppl.). Cette modification n'a pas changé la substance de l'ancien sous-al. 178.14(1)*a*)(ii). Les présents pourvois sont régis par cet art. 187:

187. (1) Tous les documents relatifs à une demande faite en application de l'article 185 ou des paragraphes 186(6) ou 196(2) sont confidentiels et, à l'exception de l'autorisation, sont placés dans un paquet scellé par le juge auquel la demande est faite dès qu'une décision est prise au sujet de cette demande; ce paquet est gardé par le tribunal, en un lieu auquel le public n'a pas accès ou en tout autre lieu que le juge peut autoriser et il ne peut:

a) être ouvert et son contenu ne peut être enlevé, si ce n'est:

(i) soit pour traiter d'une demande de renouvellement de l'autorisation,

(ii) soit en application d'une ordonnance d'un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou d'un juge au sens de l'article 552; [Modifications soulignées.]

Toutefois, cet art. 187 du *Code criminel* a été abrogé par l'art. 7 de la *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif et la Loi sur la radiocommunication*, L.C. 1993, ch. 40 (projet de loi C-109), entrée en vigueur le 1er août 1993, et remplacé par la disposition suivante:

187. (1) Tous les documents relatifs à une demande faite en application de la présente partie sont confidentiels et, sous réserve du paragraphe (1.1), sont placés dans un paquet scellé par le juge auquel la demande est faite dès qu'une décision est prise au sujet de cette demande; ce paquet est gardé par le tribunal, en un lieu auquel le public n'a pas accès ou en tout autre lieu que le juge peut autoriser et il ne peut en être disposé que conformément aux paragraphes (1.2) à (1.5).

(1.1) L'autorisation donnée en vertu de la présente partie n'a pas à être placée dans le paquet sauf si, conformément aux paragraphes 184.3(7) ou (8), l'original est entre les mains du juge, auquel cas celui-ci est tenu de placer l'autorisation dans le paquet alors que le demandeur conserve le fac-similé.

(1.2) The sealed packet may be opened and its contents removed for the purpose of dealing with an application for a further authorization or with an application for renewal of an authorization.

(1.3) A provincial court judge, a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 552 may order that the sealed packet be opened and its contents removed for the purpose of copying and examining the documents contained in the packet.

(1.4) A judge or provincial court judge before whom a trial is to be held and who has jurisdiction in the province in which an authorization was given *may* order that the sealed packet be opened and its contents removed for the purpose of copying and examining the documents contained in the packet if

(*a*) any matter relevant to the authorization or any evidence obtained pursuant to the authorization is in issue in the trial; and

(*b*) the accused applies for such an order for the purpose of consulting the documents to prepare for trial.

(1.5) Where a sealed packet is opened, its contents shall not be destroyed except pursuant to an order of a judge of the same court as the judge who gave the authorization.

(2) An order under subsection (1.2), (1.3), (1.4) or (1.5) made with respect to documents relating to an application made pursuant to section 185 or subsection 186(6) or 196(2) may only be made after the Attorney General or the Solicitor General by whom or on whose authority the application for the authorization to which the order relates was made has been given an opportunity to be heard.

(3) An order under subsection (1.2), (1.3), (1.4) or (1.5) made with respect to documents relating to an application made pursuant to subsection 184.2(2) or section 184.3 may only be made after the Attorney General has been given an opportunity to be heard.

(4) Where a prosecution has been commenced and an accused applies for an order for the copying and examination of documents pursuant to subsection (1.3) or (1.4), the judge shall not, notwithstanding those subsections, provide any copy of any document to the accused until the prosecutor has deleted any part of the copy of the document that the prosecutor believes would be prejudicial to the public interest, including any part that the prosecutor believes could

(1.2) Le paquet scellé peut être ouvert et son contenu retiré pour qu'il soit traité d'une nouvelle demande d'autorisation ou d'une demande de renouvellement d'une autorisation.

(1.3) Un juge de la cour provinciale, un juge de la cour supérieure de juridiction criminelle ou un juge au sens de l'article 552 peut ordonner que le paquet scellé soit ouvert et son contenu retiré pour copie et examen des documents qui s'y trouvent.

(1.4) S'il a compétence dans la province où l'autorisation a été donnée, le juge ou le juge de la cour provinciale devant lequel doit se tenir le procès *peut* ordonner que le paquet scellé soit ouvert et son contenu retiré pour copie et examen des documents qui s'y trouvent si les conditions suivantes sont réunies:

a) une question en litige concerne l'autorisation ou les éléments de preuve obtenus grâce à celle-ci;

b) le prévenu fait une demande à cet effet afin de consulter les documents pour sa préparation au procès.

(1.5) Dans le cas où le paquet est ouvert, son contenu ne peut être détruit, si ce n'est en application d'une ordonnance d'un juge de la même juridiction que celui qui a donné l'autorisation.

(2) Une ordonnance visant les documents relatifs à une demande présentée conformément à l'article 185 ou aux paragraphes 186(6) ou 196(2) ne peut être rendue en vertu des paragraphes (1.2), (1.3), (1.4) ou (1.5) qu'après que le procureur général ou le solliciteur général qui a demandé l'autorisation, ou sur l'ordre de qui cette demande a été présentée, a eu la possibilité de se faire entendre.

(3) Une ordonnance visant les documents relatifs à une demande présentée conformément au paragraphe 184.2(2) ou à l'article 184.3 ne peut être rendue en vertu des paragraphes (1.2), (1.3), (1.4) ou (1.5) qu'après que le procureur général a eu la possibilité de se faire entendre.

(4) Dans le cas où une poursuite a été intentée et que le prévenu demande une ordonnance pour copie et examen des documents conformément aux paragraphes (1.3) ou (1.4), le juge ne peut, par dérogation à ces paragraphes, remettre une copie des documents au prévenu qu'après que le poursuivant a supprimé toute partie des copies qui, à son avis, serait de nature à porter atteinte à l'intérêt public, notamment si le poursuivant croit, selon le cas, que cette partie:

(*a*) compromise the identity of any confidential informant;

(*b*) compromise the nature and extent of ongoing investigations;

(*c*) endanger persons engaged in particular intelligence-gathering techniques and thereby prejudice future investigations in which similar techniques would be used; or

(*d*) prejudice the interests of innocent persons.

(5) After the prosecutor has deleted the parts of the copy of the document to be given to the accused under subsection (4), the accused shall be provided with an edited copy of the document.

(6) After the accused has received an edited copy of a document, the prosecutor shall keep a copy of the original document, and an edited copy of the document and the original document shall be returned to the packet and the packet resealed.

(7) An accused to whom an edited copy of a document has been provided pursuant to subsection (5) may request that the judge before whom the trial is to be held order that any part of the document deleted by the prosecutor be made available to the accused, and the judge shall order that a copy of any part that, *in the opinion of the judge*, is required in order for the accused to make full answer and defence and for which the provision of a judicial summary would not be sufficient, be made available to the accused. [Emphasis added.]

According to this new legislation, the opening of the packet is not mandatory and once the packet is opened, ss. 187(4) to 187(7) now provide a procedure for the editing of the affidavit and the reviewing of such editing. This new legislation makes it clear, in my view, that fishing expeditions are now out and the discretion of the review judge, who is now the trial judge, is enlarged as is the prosecution's, although the "accused shall be provided with an edited copy of the document", should the judge be satisfied that the conditions set on in subs. (1.4)(*a*) and (*b*) of s. 187 in particular are complied with as well as all other requirements of s. 187. It is only if the judge is of the opinion that a deleted part of the affidavit is required in order for the accused to make full answer and defence and for which the provision of a judicial summary would not be sufficient, that such part is

a) pourrait compromettre la confidentialité de l'identité d'un informateur;

b) pourrait compromettre la nature et l'étendue des enquêtes en cours;

c) pourrait mettre en danger ceux qui pratiquent des techniques secrètes d'obtention de renseignements et compromettre ainsi la tenue d'enquêtes ultérieures au cours desquelles de telles techniques seraient utilisées;

d) pourrait causer un préjudice à un innocent.

(5) Une copie des documents, après avoir été ainsi révisée par le poursuivant, est remise au prévenu.

(6) Une fois que le prévenu a reçu la copie, l'original est replacé dans le paquet, qui est scellé, et le poursuivant conserve une copie révisée des documents et une copie de l'original.

(7) Le prévenu à qui une copie révisée a été remise peut demander au juge devant lequel se tient le procès de rendre une ordonnance lui permettant de prendre connaissance de toute partie supprimée par le poursuivant; le juge accède à la demande si, *à son avis*, la partie ainsi supprimée est nécessaire pour permettre au prévenu de présenter une réponse et défense pleine et entière lorsqu'un résumé judiciaire serait insuffisant. [Je souligne.]

D'après cette nouvelle loi, l'ouverture du paquet n'est pas obligatoire et, une fois le paquet ouvert, les par. 187(4) à (7) prévoient désormais une procédure pour l'édition de l'affidavit et pour le contrôle de cette édition. Il ressort clairement de ces nouvelles dispositions, à mon sens, que les expéditions de pêche sont désormais abolies et que le pouvoir discrétionnaire du juge effectuant la révision, qui est maintenant le juge du procès, est élargi à l'instar de celui du poursuivant, mais «[u]ne copie des documents, après avoir été ainsi révisée [. . .], est remise au prévenu» si le juge est convaincu que les conditions énoncées aux sous-al. 187(1.4)*a*) et *b*), en particulier, ont été remplies ainsi que toutes les autres exigences de l'art. 187. Une partie supprimée de l'affidavit ne peut être remise au prévenu que si le juge est d'avis que cette partie est nécessaire pour permettre au pré-

to be made available to the accused. Moreover, the interests that the editing process are to protect are clearly set out in this new s. 187.

A further important consideration at the heart of this case is the necessity to protect the identity of police informers. As Beetz J., for the Court, said in *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at p. 93:

> It follows from these reasons that at common law the secrecy rule regarding police informers' identity has chiefly taken form of rules of evidence based on the public interest, which prohibit judicial disclosure of police informers' identity by peace officers who have learned the informers' identity in the course of their duties. A witness also may not be compelled to state whether he [or she] is himself [or herself] a police informer. The rule was developed in criminal proceedings, apparently in trials for high treason, but it also applies in civil matters, and in both cases it has been established for reasons which relate to the essential effectiveness of the criminal law.... Its application does not depend on the judge's discretion, as it is a legal rule of public order by which the judge is bound. [Emphasis added.]

The only exception to that strict rule of very long standing is when an accused's innocence is at stake, which is clearly not the case here. Beetz J. wrote, at p. 93:

> The rule is subject to only one exception, imposed by the need to demonstrate the innocence of an accused person. There are no exceptions in proceedings other than criminal.

There is no need to go to great lengths to know what is the fate of police informers in criminal trials, particularly so in drug trafficking and conspiracy cases. Police witness programs, which also apply to informers, eloquently speak to the dangers that such people are facing. Also significant is the expense which society incurs to insure the safety of those who, at the risk of their lives in many cases, help society rid itself of those criminal elements which jeopardize the foundation of a civilized world, and the security and well-being of its citizens. Editing the information relating to wire-

venu de présenter une réponse et défense pleine et entière et qu'un résumé judiciaire serait insuffisant. En outre, les intérêts que le processus d'édition vise à protéger sont énoncés clairement au nouvel art. 187.

Une autre considération importante au cœur de la présente affaire est la nécessité de protéger l'identité des indicateurs de police. Comme le disait le juge Beetz au nom de la Cour dans l'arrêt *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, à la p. 93:

> Il ressort de ces motifs qu'en *common law* le principe du secret relatif à l'identité des indicateurs de police s'est manifesté principalement par des règles de preuve que dicte l'intérêt public et qui excluent la divulgation judiciaire de l'identité des indicateurs de police par des agents de la paix qui ont appris l'identité de ces indicateurs dans l'exercice de leurs fonctions. On ne peut non plus contraindre un témoin à dire s'il est lui-même un indicateur de police. Le principe a pris naissance en matière criminelle, dans des procès pour haute trahison semble-t-il, mais il vaut également en matière civile et il a été reconnu dans un cas comme dans l'autre pour des motifs qui ont trait à l'efficacité essentielle du droit criminel. [. . .] Son application ne relève en rien de la discrétion du juge car c'est une règle juridique d'ordre public qui s'impose au juge. [Je souligne.]

La seule exception à cette règle stricte d'origine très ancienne est le cas où la démonstration de l'innocence d'un accusé est en cause, ce qui n'est manifestement pas le cas en l'espèce. Le juge Beetz écrit, à la p. 93:

> Ce principe ne souffre qu'une exception imposée par la nécessité de démontrer l'innocence de l'accusé. Il ne connaît aucune exception en matière autre que criminelle.

Point n'est besoin de s'interroger longuement pour connaître le sort des indicateurs de police dans les procès au criminel, en particulier dans les affaires de trafic de stupéfiants et de complot. Les programmes policiers de protection des témoins, qui s'appliquent aussi aux indicateurs de police, attestent éloquemment les dangers que courent ces personnes. Des sommes considérables sont en outre dépensées par la société pour assurer la sécurité de ceux qui, au péril de leur vie dans bien des cas, l'aident à se débarrasser des éléments criminels qui minent les fondations du monde civilisé

tap by the police of conversations in the context of a criminal investigation is part of this effort by society to protect both the identity of informers and police investigation techniques. The unsubstantiated pretext of the right to full and fair defence should not be allowed to put in jeopardy such an important tool in the fight against crime.

The same concerns guided the developments in the common law world, including, for example, the American case law. In *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53 (1957), the leading case on "informers' privilege" and the non-disclosure of their identity, Burton J., speaking for the majority of the United States Supreme Court, underlined the rationale of the rule (at p. 59):

> What is usually referred to as the informer's privilege is in reality the Government's privilege to withhold from disclosure the identity of persons who furnish information of violations of law to officers charged with enforcement of that law .... The purpose of the privilege is the furtherance and protection of the public interest in effective law enforcement. The privilege recognizes the obligation of citizens to communicate their knowledge of the commission of crimes to law-enforcement officials and, by preserving their anonymity, encourages them to perform that obligation. [Emphasis added.]

Clark J., in dissent, agreed (at pp. 66-67):

> First, it is well to remember that the illegal traffic in narcotic drugs poses a most serious social problem .... Moreover, it is a most difficult crime to detect and prove .... Enforcement is, therefore, most difficult without the use of "stool pigeons" or informants. Their use has long had the approval of the courts. To give them protection governments have always followed a policy of nondisclosure of their identities. Experience teaches that once this policy is relaxed — even though the informant be dead — its effectiveness is destroyed. Once an informant is known the drug traffickers are quick to retaliate. Dead men tell no tales. The old pen-

ainsi que la sécurité et le bien-être des citoyens. L'édition des informations ayant trait à l'écoute électronique de conversations par la police dans le contexte d'une enquête criminelle procède de cet effort de la société pour protéger l'identité des indicateurs et des techniques d'enquête de la police. Sous le prétexte non justifié d'un droit à une défense pleine et entière, on ne saurait compromettre un élément aussi important de la répression du crime.

Les mêmes préoccupations ont orienté la jurisprudence dans les pays de common law, entre autres, aux États-Unis. Dans l'arrêt *Roviaro c. United States*, 353 U.S. 53 (1957), décision de principe sur le «privilège des indicateurs» et sur le refus de divulguer leur identité, le juge Burton, au nom de la majorité des juges de la Cour suprême des États-Unis, souligne la raison d'être de la règle (à la p. 59):

> [TRADUCTION] Ce qu'on appelle habituellement le privilège des indicateurs est en réalité le privilège des autorités de ne pas révéler l'identité des personnes qui donnent à des policiers des renseignements concernant des crimes. [. . .] Le but du privilège est de favoriser et de protéger l'intérêt public en matière d'application efficace de la loi. Le privilège reconnaît que les citoyens ont l'obligation de communiquer à la police ce qu'ils ont appris sur la perpétration d'infractions et, en préservant leur anonymat, il les encourage à s'acquitter de cette obligation. [Je souligne.]

Le juge Clark, dissident, adhère à cet avis (aux pp. 66 et 67):

> [TRADUCTION] Tout d'abord, il convient de ne pas oublier que le trafic illégal de stupéfiants suscite des problèmes sociaux des plus graves. [. . .] De plus, c'est un crime très difficile à découvrir et à prouver. [. . .] Il est donc très difficile de faire respecter la loi sans recourir à des dénonciateurs ou indicateurs. Les tribunaux ont approuvé ce recours depuis longtemps. Pour assurer leur protection, l'État a toujours posé en principe la non-divulgation de leur identité. L'expérience a montré que lorsqu'une entorse est faite à ce principe — serait-ce à cause du décès de l'indicateur — son efficacité est réduite à néant. Une fois l'identité d'un indicateur connue, les trafiquants de drogues ne tardent pas exercer des représailles. Les morts ne parlent pas. Le vieux châtiment qui consistait à couper la langue, naguère infligé

alty of tongue removal, once visited upon the informer Larunda, has been found obsolete. [Emphasis added.]

In *McCray v. Illinois*, 386 U.S. 300 (1967), the United States Supreme Court, in the context of a charge of possession of narcotics, reiterated its position (at p. 311, Stewart J. for the majority):

> What *Roviaro* thus makes clear is that this Court was unwilling to impose any absolute rule requiring disclosure of an informer's identity even in formulating evidentiary rules for federal criminal trials. Much less has the Court ever approached the formulation of a federal evidentiary rule of compulsory disclosure where the issue is the preliminary one of probable cause, and guilt or innocence is not at stake. Indeed, we have repeatedly made clear that federal officers need *not* disclose an informer's identity in applying for an arrest or search warrant. [Emphasis added; italics in original.]

Even the United States Supreme Court, in the leading case of *Franks v. Delaware, supra*, did not go as far as our Court did in *Dersch, supra*. It held that the Fourth and Fourteenth Amendments require an evidentiary hearing if the accused makes a substantial preliminary showing that a false statement was included by the affiant intentionally or with reckless disregard for the truth and that the false statement is necessary to the finding of probable cause. It also emphasized that the "deliberate falsity or reckless disregard whose impeachment is permitted today is only that of the affiant, not of any nongovernmental informant" (Blackmun J., for the majority, at p. 171 (emphasis added)). The decision in *Franks* neither required nor contemplated routine disclosure of informant's identities and the Court took care to avoid deciding or predetermining "the difficult question whether a reviewing court must ever require the revelation of the identity of an informant once a substantial preliminary showing of falsity has been made" (Blackmun J., at p. 170). See also: *Colorado v.*

à l'indicateur Larunda, est maintenant tenu pour dépassé. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *McCray c. Illinois*, 386 U.S. 300 (1967), la Cour suprême des États-Unis réitère sa position, cette fois dans le contexte d'une accusation de possession de stupéfiants (à la p. 311, le juge Stewart, pour la majorité):

> [TRADUCTION] En conséquence, ce qui ressort clairement de l'arrêt *Roviaro*, c'est que notre cour n'était pas disposée, même en formulant des règles de preuve applicables dans les procès criminels fédéraux, à imposer une règle absolue qui exigerait la divulgation de l'identité d'un indicateur. Elle a encore moins envisagé la formulation d'une règle de preuve fédérale qui obligerait à la divulguer lorsqu'il s'agit d'une demande préliminaire portant sur le motif probable et que la culpabilité ou l'innocence ne sont pas en cause. En fait, nous avons précisé à maintes reprises que les policiers fédéraux *n'ont pas* à divulguer l'identité d'un indicateur lorsqu'ils demandent un mandat d'arrestation ou de perquisition. [Je souligne; en italique dans l'original.]

Même la Cour suprême des États-Unis, dans l'arrêt de principe *Franks c. Delaware*, précité, n'est pas allée aussi loin que l'a fait notre Cour dans l'arrêt *Dersch*, précité. D'après cet arrêt américain, les Quatrième et Quatorzième amendements exigent qu'une audition soit tenue si l'accusé apporte une démonstration préliminaire substantielle que le déposant a fait une fausse déclaration intentionnellement ou avec une totale indifférence de la vérité et que cette fausse déclaration était nécessaire pour conclure à l'existence d'un motif probable. En outre, selon le tribunal américain, [TRADUCTION] «les déclarations fausses faites délibérément ou avec une totale indifférence dont le rejet est aujourd'hui permis sont seulement celles faites par l'auteur de l'affidavit, et non celles faites par un indicateur qui n'appartient pas à un organisme chargé de l'application de la loi» (le juge Blackmun, pour la majorité, à la p. 171 (je souligne)). L'arrêt *Franks* n'exigeait ni n'envisageait la divulgation systématique de l'identité des indicateurs, et la cour a pris garde de ne pas décider ou préjuger de [TRADUCTION] «la question épineuse de savoir si le tribunal siégeant en révision doit exiger la divulgation de l'identité d'un indicateur après qu'une solide démonstration préliminaire de la

Nunez, 465 U.S. 324 (1984), at pp. 326-27 (White J.).

The rule set out in *Roviaro* has been consistently followed in wiretapping cases. See: *United Sates v. Cantor*, 470 F.2d 890 (3d Cir. 1972), at p. 892 (Rosenn J.); *United States v. D'Alfonso*, 357 F. Supp. 1341 (E.D. Pa. 1973), at p. 1342 (Newcomer J.); *People v. Sturgis*, 352 N.Y.S.2d 942 (Sup. Ct. 1973), at pp. 948-49 (Myers J.); *United States v. Garramone*, 374 F. Supp. 256 (E.D. Pa. 1974), at p. 259 (Bechtle J.); and *United States v. Danovaro*, 877 F.2d 583 (7th Cir. 1989), at pp. 587-88 (Easterbrook J.).

In *State of New Jersey v. Garcia*, 618 A.2d 326 (1993), the Supreme Court of New Jersey held that, under a disposition creating an "official information privilege" (*Rules of Evidence*, N.J.S.A. 2A:84A, Rule 34), the State of New Jersey could not disclose to an accused the location from which police conducted surveillance of criminal activity. The court was concerned with the safety of ongoing police operations. Clifford J., for the court, made the following observations (at p. 330) which are apposite in the context of wiretapping where the safety of ongoing criminal investigations and police investigation techniques are equally at stake:

> Failure to protect the confidential locations from which police have witnessed criminal activity would harm several important public interests. First, non-disclosure avoids compromising ongoing surveillances. Police officers often experience difficulty in finding places from which to observe criminal conduct unobtrusively . . . . Failure to conceal exact locations may force the State to choose between dropping the charges against a defendant or losing future arrests. Also, disclosure of the information might cause criminal offenders simply to relocate their activities to a place not visible from that surveillance location.
>
> Second, the privilege, protects police officers and private citizens from reprisal. Officer McCauley hesitated

fausseté de ses déclarations a été apportée» (le juge Blackmun, à la p. 170). Voir également *Colorado c. Nunez*, 465 U.S. 324 (1984), aux pp. 326 et 327 (le juge White).

La règle énoncée dans l'arrêt *Roviaro* a été suivie uniformément dans les affaires d'écoute électronique. Voir: *United States c. Cantor*, 470 F.2d 890 (3d Cir. 1972), à la p. 892 (le juge Rosenn); *United States c. D'Alfonso*, 357 F. Supp. 1341 (E.D. Pa. 1973), à la p. 1342 (le juge Newcomer); *People c. Sturgis*, 352 N.Y.S.2d 942 (Sup. Ct. 1973), aux pp. 948 et 949 (le juge Myers); *United States c. Garramone*, 374 F. Supp. 256 (E.D. Pa. 1974), à la p. 259 (le juge Bechtle), et *United States c. Danovaro*, 877 F.2d 583 (7th Cir. 1989), aux pp. 587 et 588 (le juge Easterbrook).

Dans l'arrêt *State of New Jersey c. Garcia*, 618 A.2d 326 (1993), la Cour suprême du New Jersey a décidé, au sujet d'une disposition créant un [TRADUCTION] «privilège relatif aux renseignements officiels» (*Rules of Evidence*, N.J.S.A. 2A:84A, règle 34), que l'État du New Jersey ne pouvait pas révéler à l'accusé la position d'où les policiers surveillaient une activité criminelle. La cour s'est inquiétée de la sécurité des personnes participant aux enquêtes en cours. Au nom de la cour, le juge Clifford a fait une observation qui est pertinente dans le contexte de l'écoute électronique lorsque sont compromises à la fois la sécurité des personnes participant à des enquêtes criminelles et des techniques d'enquête de la police (à la p. 330):

> [TRADUCTION] En ne protégeant pas le secret concernant la position d'où la police surveille une activité criminelle, on porterait atteinte à l'intérêt public sous plusieurs aspects importants. Premièrement, en ne le divulguant pas, on évite de compromettre la surveillance en cours. Les policiers ont souvent du mal à trouver des endroits d'où ils pourront observer discrètement une activité criminelle. [. . .] Si l'emplacement exact n'est pas tenu secret, l'État sera forcé de choisir entre l'abandon des accusations contre un prévenu et la possibilité de faire d'autres arrestations. En outre, la divulgation des renseignements pourrait amener les contrevenants à changer simplement le lieu de leur activité pour un autre qui ne pourra pas être observé de cette position.
>
> Deuxièmement, le privilège protège les policiers et les simples citoyens contre les représailles. L'agent

to reveal the surveillance location in this case because he feared for his own safety and the safety of those who had cooperated with him. If those bent on crime were to learn of the location of surveillance activities, they might resort to violence or engage in vandalism to render that site useless.

Third, and related to the second reason, the privilege encourages citizens to cooperate with police. If citizens know that a defendant charged with an offense can learn the exact surveillance location, many will not permit use of their property. [Emphasis added.]

On the non-disclosure of the informers' identity in American law, see also: Wayne R. LaFave, *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment* (2nd ed. 1987 & Supp. 1993), vol. 1, at pp. 697-711; *Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), para. 2374.

It is against this background that the present appeals must be decided.

- III -

The appellants' arguments relating to the sole issue of the editing by the review judge (O'Connell Dist. Ct. J.) of the wiretap authorizations are threefold:

1. The review judge edited the affidavits on his own, without first hearing submissions from the Crown;
2. He failed to provide defence counsel with judicial summaries of his deletions, thus denying them the opportunity to make effective submissions regarding those deletions; and
3. He deleted the following categories of information, contrary to the guidelines set out by the Supreme Court of Canada in *Garofoli*, *supra*:

   - information regarding informers (as opposed to information identifying informers);

   - information identifying informers whose identity may no longer have been confidential by the time of trial; and

McCauley a hésité à révéler la position d'où la surveillance était exercée en l'occurrence, parce qu'il craignait pour sa propre sécurité et pour celle des personnes qui avaient coopéré avec lui. Si les criminels apprenaient d'où la surveillance est exercée, ils pourraient recourir à la violence ou au vandalisme pour rendre le lieu inutilisable.

Troisièmement, et cette considération rejoint la deuxième, le privilège encourage les citoyens à coopérer avec la police. Si les citoyens savent qu'un accusé peut apprendre d'où exactement la surveillance est exercée, bon nombre ne permettront pas l'utilisation de leur propriété. [Je souligne.]

Sur la question de la non-divulgation de l'identité des indicateurs en droit américain, voir aussi Wayne R. LaFave, *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment* (2e éd. 1987 & suppl. 1993), vol. 1, aux pp. 697 à 711; *Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), par. 2374.

C'est à partir de cette toile de fond qu'il y a lieu de décider des présents pourvois.

- III -

Les appelants font valoir trois arguments au regard de la seule question en litige, soit l'édition des documents relatifs aux autorisations d'écoute électronique par le juge O'Connell:

1. Le juge siégeant en révision a édité les affidavits seul, sans entendre d'abord les observations du ministère public;
2. Il n'a pas remis aux avocats de la défense des résumés des passages qu'il avait supprimés, les privant ainsi de la possibilité de faire valoir leur point de vue efficacement sur ces suppressions;
3. Il a supprimé les catégories de renseignements qui suivent, par dérogation aux directives données par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Garofoli*, précité:

   - des renseignements concernant des indicateurs (par opposition à des renseignements permettant de les identifier);

   - des renseignements révélant l'identité d'indicateurs dont l'identité n'était peut-être plus confidentielle au moment du procès;

- irrelevant information ("commentary", "summary" or "opinion").

I want to emphasize at the outset that the reviewing process in the *Wilson* application, and in fact the entire trial to which these appeals relate, took place before the decisions in *Garofoli*, *Lachance*, *Dersch* and *Zito*, *supra*, were rendered by our Court. The procedural guidelines at the time of the editing before O'Connell Dist. Ct. J. (May-June 1987) were set out by Watt J. in *Parmar (No. 1)*, *supra* (rendered March 10, 1987). I will now deal with the three arguments of the appellants.

1. *The Reviewing Process Followed by the Reviewing Judge*

The appellants submit that the procedure adopted by the trial judge amounted to an error of law when he carried the main part of the editing on his own before receiving any submissions in open court from the Crown as to the nature of the matters to be edited and the basis therefor. According to them, since the police investigation was completed at the time of the editing and the affidavits in question were sworn in 1983 and 1984, three and four years before editing, the trial judge "had no basis upon which he could make an informed assessment of the continued need to preserve the confidentiality of the various sources described as confidential at the time the affidavits were prepared" (Doherty J.A, at p. 471), violating therefore steps one and two of the procedure set out by Sopinka J. in *Garofoli*, *supra*. In my view, this submission clearly has no merits, both in fact and in law.

As noted by Finlayson J.A. (at p. 448), when the trial judge announced his intent to edit the affidavits on his own, the appellants' counsel did not object to the proposed procedure. Moreover, O'Connell Dist. Ct. J. closely followed each step of the editing methodology recommended by Watt J. in *Parmar (No. 1)*, *supra*, at pp. 281-82, which was the law at the time. O'Connell Dist. Ct. J.

- des renseignements qui n'étaient pas pertinents, («commentaires», «résumés» ou «opinions»).

Je tiens à souligner dès le départ que le processus de révision sur requête de type *Wilson* et, en fait, tout le procès visé par les présents pourvois, se sont déroulés avant les arrêts de notre Cour *Garofoli*, *Lachance*, *Dersch* et *Zito*, précités. Les directives de nature procédurale qui étaient applicables à la date de l'édition du juge O'Connell (mai et juin 1987) avaient été tracées par le juge Watt dans la décision *Parmar (nº 1)*, précitée (rendue le 10 mars 1987). J'étudierai maintenant les trois arguments avancés par les appelants.

1. *Le processus suivi par le juge siégeant en révision*

Les appelants soutiennent que la méthode adoptée par le juge du procès constituait une erreur de droit, lorsqu'il a procédé à la plus grande partie de l'édition des affidavits seul, avant d'avoir entendu les arguments du ministère public en audience publique au sujet de la nature des éléments à supprimer et des raisons de les supprimer. D'après eux, comme l'enquête policière était terminée au moment de l'édition des affidavits et que ceux-ci dataient de 1983 et 1984, soit trois ou quatre ans avant l'édition, le juge du procès [TRADUCTION] «ne disposait d'aucun renseignement lui permettant d'apprécier en connaissance de cause la nécessité de continuer à préserver le secret des diverses sources décrites comme confidentielles au moment où les affidavits ont été préparés» (le juge Doherty, à la p. 471), dérogeant ainsi aux étapes un et deux de la procédure proposée par le juge Sopinka dans l'arrêt *Garofoli*, précité. À mon avis, cet argument est de toute évidence dénué de fondement, tant en fait qu'en droit.

Comme l'a fait remarquer le juge Finlayson (à la p. 448), lorsque le juge du procès a fait part de son intention d'éditer seul les affidavits, les avocats des appelants ne s'y sont pas opposés. Par surcroît, le juge O'Connell a suivi rigoureusement chaque étape de la procédure d'édition recommandée par le juge Watt dans l'affaire *Parmar (nº 1)*, précitée, aux pp. 281 et 282, décision qui formulait la règle

granted the appellants' application and opened the nine sealed packets, although seven were asked for, including therefore the seven District Court authorizations and the two Supreme Court of Ontario authorizations. At a time when the onus on the reasons for access to the contents of the sealed packet was controversial, he did not require the appellants to establish a *prima facie* case of fraud or any other preconditions in order to obtain access to the sealed packets. He opened the nine sealed packets, removed the affidavits and edited them himself and gave a copy of the nine edited affidavits to the Crown for review. O'Connell Dist. Ct. J. then proceeded to review each affidavit with Crown counsel, identifying each of the deletions which he had made and seeking the Crown's submissions, the appellants' counsel being present throughout this exercise.

The appellants' arguments are further wrong on the facts of this case, since Crown counsel did make submissions before O'Connell Dist. Ct. J. That such submissions be made before or after the editing cannot be material, as long as the Crown has the opportunity to effectively indicate its position with respect to the editing. That was done in the present appeals.

Steps one and two of the procedure set out by Sopinka J. in *Garofoli*, *supra*, are the following (at p. 1461):

> 1. Upon opening of the packet, if the Crown objects to disclosure of any of the material, an application should be made by the Crown suggesting the nature of the matters to be edited and the basis therefor. Only Crown counsel will have the affidavit at this point.
>
> 2. The trial judge should then edit the affidavit as proposed by Crown counsel and furnish a copy as edited to counsel for the accused. Submissions should then be entertained from counsel for the accused. [Emphasis added.]

However, as Sopinka J. himself said, at p. 1460, this procedure "is not intended to be exclusive or

à suivre à l'époque. Le juge O'Connell a fait droit à la demande des appelants et ouvert les neuf paquets scellés, bien que la demande ait porté sur sept, soit, par conséquent, les sept autorisations de la Cour de district et les deux de la Cour suprême de l'Ontario. Alors que le fardeau de preuve nécessaire pour justifier l'accès au contenu des paquets scellés était une question controversée, il n'a pas obligé les appelants à faire une preuve *prima facie* de fraude ou à remplir d'autres conditions préalables, avant d'obtenir le droit de consulter le contenu des paquets scellés. Il a ouvert les neuf paquets scellés, retiré les affidavits et les a lui-même édités, puis il a remis une copie des neuf affidavits édités au substitut du procureur général afin qu'il puisse les examiner. Le juge O'Connell a ensuite étudié chaque affidavit avec le substitut du procureur général, indiquant chaque passage qu'il avait supprimé et invitant ce dernier à lui faire des observations, le tout en présence des avocats des appelants.

Les arguments des appelants sont aussi mal fondés au vu des faits de l'espèce, car le substitut du procureur général a bel et bien soumis ses arguments au juge O'Connell. Qu'ils les ait soumis avant ou après l'édition ne saurait avoir d'importance, pour autant que le ministère public ait eu la possibilité de faire connaître sa position à cet égard, possibilité qui lui a été donnée dans les présents pourvois.

Dans l'arrêt *Garofoli*, précité, le juge Sopinka a énoncé les étapes un et deux de la procédure à suivre dans les termes suivants (à la p. 1461):

> 1. Au moment d'ouvrir le paquet, si le ministère public s'oppose à la divulgation de l'une ou l'autre des pièces, il devrait, dans une demande, indiquer la nature des éléments à supprimer et les raisons de le faire. Seul le substitut du procureur général aura l'affidavit à cette étape.
>
> 2. Le juge du procès devrait ensuite réviser l'affidavit comme l'a proposé le substitut du procureur de la Couronne et fournir une copie ainsi préparée à l'avocat de l'accusé. Il faudrait ensuite entendre les arguments de l'avocat de l'accusé. [Je souligne.]

Toutefois, comme l'écrit lui-même le juge Sopinka, à la p. 1460, cette manière de procéder

exhaustive". Therefore, since the review judge followed *Parmar (No. 1)*, *supra*, which was regarded as setting out the proper procedure at the time, the Crown was consulted and had an input during the editing process, and the judge remained open to suggestions by both counsel. In my view, there is absolutely no cause for reproach as to the manner in which these affidavits were edited by the reviewing judge. This argument cannot succeed.

n'est «ni exclusive ni exhaustive». Par conséquent, comme le juge siégeant en révision a suivi la décision *Parmar (nº 1)*, précitée, qui était censée énoncer la procédure appropriée à l'époque, le ministère public a été consulté et a pu apporter sa contribution au processus d'édition, et le juge s'est dit prêt à entendre les arguments des deux avocats. À mon avis, il n'y a absolument rien à redire à la manière dont ces affidavits ont été édités par le juge siégeant en révision. Cet argument ne saurait réussir.

2. *Failure to Provide Judicial Summaries of Deletions*

The appellants argue that the failure of the trial judge to provide them with judicial summaries of the deletions denied them their right to make full answer and defence. They rely on step number two of the procedure suggested by Sopinka J. in *Garofoli*, *supra*, at p. 1461, which I reproduce here at length:

> 2. The trial judge should then edit the affidavit as proposed by Crown counsel and furnish a copy as edited to counsel for the accused. Submissions should then be entertained from counsel for the accused. If the trial judge is of the view that counsel for the accused will not be able to appreciate the nature of the deletions from the submissions of Crown counsel and the edited affidavit, a form of judicial summary as to the general nature of the deletions should be provided. [Emphasis added.]

As I have pointed out earlier, Sopinka J.'s suggested procedure was not "intended to be exclusive or exhaustive" (p. 1460). The need to provide judicial summaries greatly depends on the facts of each case.

No requirement to provide judicial summaries of deletions was part of the editing method adopted by Watt J. in *Parmar (No. 1)*, *supra*, prior to *Garofoli*, *supra*. Moreover, there were no judicial summaries of deleted material provided to the defence in the editing procedure followed by the Ontario Court of Appeal in *Garofoli*, *supra*, at pp. 111-12. Nevertheless, in that case, Sopinka J. held that the approach of the Ontario Court of Appeal was in "substantial compliance" with the first five

2. *L'omission de remettre des résumés judiciaires des passages supprimés*

Les appelants affirment qu'en ne leur remettant pas de résumé des passages qu'il avait supprimés, le juge du procès les a privés de leur droit à une défense pleine et entière. Ils se fondent sur la deuxième étape de la procédure proposée par le juge Sopinka dans l'arrêt *Garofoli*, précité, à la p. 1461, dont voici le texte intégral:

> 2. Le juge du procès devrait ensuite réviser l'affidavit comme l'a proposé le substitut du procureur de la Couronne et fournir une copie ainsi préparée à l'avocat de l'accusé. Il faudrait ensuite entendre les arguments de l'avocat de l'accusé. Si le juge du procès est d'avis que l'avocat de l'accusé ne sera pas en mesure d'apprécier la nature des éléments supprimés selon les recommandations du substitut du procureur général et l'affidavit ainsi produit, une sorte de résumé judiciaire quant à la nature générale des éléments supprimés devrait être fournie. [Je souligne.]

Comme je l'ai déjà souligné, la procédure proposée par le juge Sopinka n'est «ni exclusive ni exhaustive» (p. 1460). La nécessité de fournir un résumé judiciaire dépend grandement des faits de chaque espèce.

Selon la procédure d'édition préconisée par le juge Watt dans l'affaire *Parmar (nº 1)*, précitée, avant l'arrêt *Garofoli*, précité, la remise de résumés judiciaires n'était pas exigée. De plus, la Cour d'appel de l'Ontario n'a pas fourni à la défense de résumé judiciaire des éléments supprimés au cours de sa procédure d'édition dans l'affaire *Garofoli*, précitée, aux pp. 111 et 112. Néanmoins, dans cette affaire, le juge Sopinka conclut que la Cour d'appel de l'Ontario s'est «en

of the six steps of the procedure which he suggested and that no "issue can be taken with respect to the procedure followed" (*Garofoli, supra*, at p. 1462).

Under these circumstances, it is difficult to hold that the trial judge erred, particularly when appellants' counsel did not request judicial summaries as such at the time. In addition, no specific reason was given or facts demonstrated by the appellants with respect to the need for judicial summaries in the circumstances of this case.

I, therefore, agree with the majority of the Court of Appeal that the appellants' case was not impaired by the trial judge's failure to provide summaries.

3. *The Legality of the Deletions*

The appellants' main argument rests on the contention that the trial judge over-edited the affidavits. In their view, there was no basis in law for the deletion of irrelevant information ("commentary", "summary" or "opinion") and information from informers should not have been deleted, as opposed to information identifying informers. They further submit that information identifying informers whose identity may no longer have been confidential by the time the trial was held should not have been deleted. According to them, the errors of the trial judge appear clearly upon a comparison between the two affidavits edited by Bowlby J. in the Supreme Court of Ontario trial of 1986 (*R. v. Marsh, supra*) and the same two affidavits edited by Watt J. of the Supreme Court of Ontario in the second *Wilson* motion presented in September 1987 with the editing made by O'Connell Dist. Ct. J. Finally, they argue that the failure of the trial judge to edit in accordance with the principles in *Parmar (No. 1), supra*, denied them of their right to make full answer and defence. The dissenting judge in the Court of Appeal as well as my colleagues are of the view that the appellants'

grande partie conformée» aux cinq premières des six étapes de la procédure qu'il a proposée, et qu'«[i]l ne peut être question de contester la procédure suivie» (*Garofoli*, précité, à la p. 1462).

Dans ces circonstances, il est difficile de conclure que le juge du procès a commis une erreur, surtout que les avocats des appelants n'ont pas demandé que de tels résumés leur soient fournis à l'époque. De plus, les appelants n'ont fait valoir aucune raison et n'ont mis en preuve aucun fait qui établisse la nécessité de résumés judiciaires dans les circonstances de la présente espèce.

Comme la majorité des juges de la Cour d'appel, je suis d'avis que l'omission du juge du procès de fournir des résumés n'a pas nui à la défense des appelants.

3. *La légalité des suppressions*

Le principal argument des appelants est fondé sur ce qu'ils estiment être une surédition des affidavits par le juge du procès. Selon eux, la loi n'autorisait pas la suppression de renseignements qui n'étaient pas pertinents, («commentaires», «résumés» ou «opinions») ni de renseignements obtenus d'indicateurs, par opposition à des renseignements permettant d'identifier des indicateurs. Ils soutiennent en outre qu'il n'y avait pas lieu de supprimer des renseignements révélant l'identité d'indicateurs dont l'identité n'était peut-être plus confidentielle au moment du procès. D'après eux, les erreurs commises par le juge O'Connell ressortent clairement de la comparaison de l'édition qu'il a faite avec l'édition de deux des affidavits par le juge Bowlby à l'occasion du procès tenu en 1986 devant la Cour suprême de l'Ontario (*R. c. Marsh*, précité) et avec celle des mêmes deux affidavits par le juge Watt de la Cour suprême de l'Ontario à l'occasion de la seconde requête de type *Wilson* présentée en septembre 1987. Enfin, ils affirment que l'omission du juge du procès d'éditer les affidavits conformément aux principes énoncés dans l'affaire *Parmar (nº 1)*, précitée, les a privés de leur droit à une défense pleine et entière. Le juge dissident à la Cour d'appel ainsi que mes collègues sont d'avis que les arguments des appelants sur ce

arguments on this point must succeed. For the following reasons, I disagree.

In *Garofoli*, *supra*, at p. 1460, a majority of this Court referred with approval to the factors outlined by Watt J. in *Parmar (No. 1)*, *supra*, at pp. 281-82, in deciding what to edit:

> (a) whether the identities of confidential police informants, and consequently their lives and safety, may be compromised, bearing in mind that such disclosure may occur as much by reference to the nature of the information supplied by the confidential source as by the publication of his or her name;
>
> (b) whether the nature and extent of ongoing law enforcement investigations would thereby be compromised;
>
> (c) whether disclosure would reveal particular intelligence-gathering techniques thereby endangering those engaged therein and prejudicing future investigation of similar offences and the public interest in law enforcement and crime detection, and
>
> (d) whether disclosure would prejudice the interests of innocent persons. [Emphasis added.]

This reference to *Parmar (No. 1)*, *supra*, was not intended to limit the scope of the judicial discretion of the reviewing judge. On the contrary, as Sopinka J. previously said at p. 1460:

> Since there will be more than one method of striking a proper balance between the interests of law enforcement and of the right to make full answer and defence, I would not wish to place trial judges in a "strait-jacket" by laying down iron-clad rules with respect to editing. [Emphasis added.]

McLachlin J. for the minority, with whom I concurred, expressed a similar view in the following words (at p. 1482 of *Garofoli*, *supra*):

> Like other rights under the *Charter*, the right to make full answer and defence may come into conflict with other rights and values. It may be necessary to balance

point doivent réussir. Je ne suis pas d'accord pour les motifs qui suivent.

Dans l'arrêt *Garofoli*, précité, à la p. 1460, notre Cour à la majorité approuvait les facteurs mentionnés par le juge Watt dans l'affaire *Parmar (nº 1)*, précitée, aux pp. 281 et 282, quant aux éléments à considérer lors de l'édition:

[TRADUCTION]

> a) l'identité des informateurs confidentiels de la police, et donc leur vie et leur sécurité, peuvent-elles être compromises, sachant que la divulgation peut résulter tout autant de la mention de la nature des renseignements fournis par la source confidentielle que par la révélation de son nom?
>
> b) la nature et l'étendue des enquêtes en cours seraient-elles ainsi compromises?
>
> c) la divulgation révélerait-elle des techniques secrètes d'obtention de renseignements, mettant ainsi en danger ceux qui les pratiquent et compromettant la tenue d'enquêtes ultérieures sur des crimes semblables et l'intérêt public en matière d'application de la loi et de détection des crimes?
>
> d) la divulgation porterait-elle préjudice aux intérêts d'innocents? [Je souligne.]

En se reportant ainsi à la décision *Parmar (nº 1)*, précitée, la Cour n'entendait pas limiter la portée du pouvoir discrétionnaire du juge siégeant en révision. Au contraire, comme le juge Sopinka l'avait dit précédemment, à la p. 1460:

> Puisqu'il y a plus d'une façon de trouver l'équilibre approprié entre les intérêts de l'application de la loi et ceux du droit à une défense pleine et entière, je ne veux pas paralyser les juges du procès en formulant des règles rigides quant à la révision des documents. [Je souligne.]

Pour la minorité, le juge McLachlin, aux motifs de laquelle j'ai souscrit, émet un avis analogue, dans les termes qui suivent (à la p. 1482 de l'arrêt *Garofoli*, précité):

> Comme d'autres droits garantis par la *Charte*, celui de présenter une défense pleine et entière peut entrer en conflit avec d'autres droits ou d'autres valeurs. Il peut

these interests against the right to make full answer and defence.

This is illustrated by the problem of editing. I agree with Sopinka J. that a judge may withhold certain portions of the packet on grounds, for example, that those portions might disclose the identity of an undercover operative. Denial of this information might lead an accused to complain about being deprived of the right to make full answer and defence. Nevertheless, the editing must be permitted because the public's interest in the administration of justice outweighs the accused's interest in obtaining the identity of the informant. I further agree with Sopinka J. that edited material can be considered in deciding whether the authorization can be supported. [Emphasis added.]

In my view, in editing the affidavits, the reviewing judge must have sufficient discretion. Such discretion is not only subjective, but depends on the facts and the context of the case before him or her. While, in some circumstances, deleting the names and addresses of informers will be sufficient for their protection, this is not necessarily so in each case. Other details may be sufficient to provide the necessary information to people in the know in order to deal with the informer the way that they generally are dealt with in those circles. McLachlin J. made the following observations about the opening of the sealed packet which are apposite in the context of the editing process (at p. 1479):

> ... the matter is in the discretion of the judge hearing the application. He or she must decide whether the packet should be opened, by asking whether the interest of the accused in opening the packet is outweighed by the public interest in the administration of justice. [Emphasis added.]

This is even now more so, given the enactment of the new legislation dealing with the opening of the sealed packet as I indicated earlier. In my view, a similar exercise of discretion prevails in the editing of the affidavits: the trial judge must decide in his or her discretion what portions should be edited and to what extent, having in mind the protection of the interests of the state in its investigation techniques and in non-disclosure of informers' identity which may be revealed in many details that may

être nécessaire de soupeser ces intérêts en regard du droit de présenter une défense pleine et entière.

La question de la révision des documents illustre ce problème. Comme le juge Sopinka, je suis d'avis qu'un juge peut ne pas divulguer certaines parties du paquet pour le motif, par exemple, que ces parties révèlent l'identité d'un informateur de la police. Le refus de communiquer ces renseignements peut amener un accusé à se plaindre d'être privé du droit de présenter une défense pleine et entière. Néanmoins, il faut permettre la révision des documents parce que l'intérêt du public dans l'administration de la justice l'emporte sur l'intérêt de l'accusé à obtenir l'identité de l'indicateur. Comme le juge Sopinka, je suis aussi d'avis que les documents ainsi révisés peuvent servir à déterminer si l'autorisation est bien fondée. [Je souligne.]

À mon avis, le juge siégeant en révision doit être investi d'un pouvoir discrétionnaire suffisant pour l'édition des affidavits. Ce pouvoir n'est pas seulement subjectif, mais dépend des faits et du contexte de l'affaire dont le juge est saisi. Certes, dans certains cas, il suffira de supprimer le nom et l'adresse des indicateurs pour assurer leur protection, mais il n'en va pas de même dans tous les cas. D'autres détails peuvent constituer des indications suffisantes, aux yeux des individus qui sont au courant, pour qu'ils puissent réserver aux indicateurs le traitement qui leur est d'ordinaire réservé dans ces milieux. Au sujet de l'ouverture du paquet scellé, le juge McLachlin fait des observations qui sont pertinentes dans le contexte du processus d'édition (à la p. 1479):

> ... la solution relève du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande. Il doit décider s'il faut ou non ouvrir le paquet en se demandant si l'intérêt de la société dans l'administration de la justice l'emporte sur le droit de l'accusé d'obtenir l'ouverture du paquet. [Je souligne.]

Ceci est d'autant plus vrai maintenant, depuis l'adoption des nouvelles dispositions législatives concernant l'ouverture du paquet scellé dont j'ai déjà parlé. À mon avis, le juge du procès doit exercer le même pouvoir discrétionnaire au moment d'éditer les affidavits: il lui revient de décider quels éléments il convient de supprimer et jusqu'à quel point, gardant à l'esprit les intérêts de l'État dans ses techniques d'enquête et dans la non-divulgation de l'identité des indicateurs, laquelle peut

appear insignificant at first sight, but which the trial judge is in the best position to appreciate.

In the present appeals, the balancing of the interests of the appellants and the public interest in the administration of justice in the view of the editing judge required a more extensive editing than perhaps other judges may have found. However, there was in no way such an abuse of discretion which could amount to a denial of justice or of a fair trial. In that respect, the reproach concerning the editing which relates to the deletion of information from informers is unfounded.

As I have indicated earlier, it is well recognized that the protection of police informers is crucial to the proper administration of justice. Police cannot operate, particularly in drug conspiracy and drug trafficking, without such informers. This principle has been recognized by our Court in *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494, where Martland J., speaking for the majority, said (at pp. 527, 535 and 536):

> The law has recognized for many years the existence of a "police-informer" privilege. It was described by Lord Esher in the leading case of *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494 [C.A.], at p. 498 as being a rule of public policy that is not a matter of discretion....
>
> . . .
>
> These statements give clear recognition to the existence of an established rule of law, for the purpose of effective policing, which recognizes that sources of police information must be withheld from forensic investigation.
>
> . . .
>
> In my opinion, the immunity from disclosure which is accorded in relation to information furnished to the police in the course of the performance of their duties is general in its scope. This has become recognized as a rule of law with only one recognized exception, namely

être révélée par nombre de détails qui peuvent sembler insignifiants à première vue, mais qu'il est le mieux à même d'apprécier.

Dans les présents pourvois, le juge qui a procédé à l'édition a estimé, après avoir soupesé les intérêts des appelants et l'intérêt public en matière d'administration de la justice, qu'il fallait supprimer plus de passages que d'autres juges ne l'auraient peut-être fait. Toutefois, on ne saurait aucunement parler d'abus de pouvoir discrétionnaire qui équivaudrait à un déni de justice ou priverait les accusés d'un procès équitable. À cet égard, le reproche concernant l'édition relative à la suppression de renseignements obtenus d'indicateurs n'est pas fondé.

Comme je l'ai déjà mentionné, il est bien reconnu que la protection des indicateurs de police est un élément crucial de l'administration efficace de la justice. La police ne peut se passer des indicateurs, surtout pour les enquêtes sur les complots en vue de faire le trafic de stupéfiants et sur le trafic de stupéfiants. Notre Cour l'a reconnu dans l'arrêt *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494, dans lequel le juge Martland a dit au nom de la majorité (aux pp. 527, 535 et 536):

> Le droit reconnaît depuis fort longtemps l'existence d'un privilège à l'égard des «indicateurs de police». Lord Esher le décrit dans l'arrêt de principe *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494 [C.A.], à la p. 498, comme une règle d'intérêt public qui échappe à tout pouvoir discrétionnaire [. . .].
>
> . . .
>
> Ces déclarations reconnaissent clairement l'existence d'un principe de droit, établi pour assurer un service de police efficace, selon lequel il ne faut pas soumettre à l'examen judiciaire les sources de renseignements donnés à la police.
>
> . . .
>
> À mon avis, l'immunité contre la divulgation qui est accordée à l'égard de renseignements fournis à un policier alors qu'il exerce ses fonctions est de portée générale. Cela a été consacré comme principe de droit, une seule exception étant reconnue, savoir [lorsque, au pro-

[where upon the trial of defendant for a criminal offence disclosure of the identity of the informer could help to show that the defendant was innocent of the offence]. [Emphasis added.]

In *Bisaillon v. Keable*, *supra*, at pp. 88-98 (Beetz J.), to which I referred earlier, this Court reiterated the state's interest in protecting police informers. Such is also the case in the United States and generally in the common law world.

Cory J.A. discussed the rule in the case of drug-related crimes, in *R. v. Hunter* (1987), 34 C.C.C. (3d) 14 (Ont. C.A.), at p. 18:

The rule against the non-disclosure of information which might identify an informer is one of long standing. It developed from an acceptance of the role of informers in the solution of crimes and the apprehension of criminals. It was recognized that citizens have a duty to divulge to the police any information that they may have pertaining to the commission of a crime. It was also obvious to the courts from very early times that the identity of an informer would have to be concealed both for his or her own protection, and to encourage others to divulge to the authorities any information pertaining to crimes. It was in order to achieve these goals that the rule was developed. [Emphasis added.]

I note that Cory J.A. not only referred to the name of the informer, but rather to its "identity", a broader concept. Speaking for the majority of this Court in *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, Cory J. again stressed the importance of hiding the identity of informers (at p. 994):

The value of informers to police investigations has long been recognized. As long as crimes have been committed, certainly as long as they have been prosecuted, informers have played an important role in their investigation. It may well be true that some informers act for compensation or for self-serving purposes. Whatever their motives, the position of informers is always precarious and their role is fraught with danger.

The role of informers in drug-related cases is particularly important and dangerous. Informers often provide the only means for the police to gain some knowledge of the workings of drug trafficking operations and net-

cès d'un accusé pour une infraction criminelle, la divulgation de l'identité de l'informateur pourrait aider à démontrer son innocence]. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Bisaillon c. Keable*, précité, aux pp. 88 à 98 (le juge Beetz), notre Cour a réitéré l'intérêt de l'État dans la protection des indicateurs de police. Il en va de même aux États-Unis et, généralement, dans les pays de common law.

Le juge Cory analyse la règle, dans le contexte de crimes liés aux drogues, dans l'arrêt *R. c. Hunter* (1987), 34 C.C.C. (3d) 14 (C.A. Ont.), à la p. 18:

[TRADUCTION] La règle interdisant la divulgation de renseignements susceptibles de permettre d'établir l'identité d'un indicateur existe depuis très longtemps. Elle trouve son origine dans l'acceptation du rôle des indicateurs dans le dépistage et la répression des crimes. On a reconnu que les citoyens ont le devoir de dévoiler à la police toute information qu'ils détiennent relativement à la perpétration d'un crime. Pour les tribunaux, il a été évident dès les temps les plus reculés, qu'il fallait dissimuler l'identité des indicateurs à la fois pour leur propre sécurité et pour encourager les autres à divulguer aux autorités tout renseignement concernant des crimes. La règle a été adoptée en vue de réaliser ces objectifs. [Je souligne.]

Je remarque que le juge Cory parle non seulement du nom de l'indicateur, mais aussi d'une notion plus large, son «identité». Exprimant l'opinion majoritaire de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, le juge Cory souligne de nouveau l'importance du secret de l'identité des indicateurs (à la p. 994):

La valeur des indicateurs pour les enquêtes policières est depuis longtemps reconnue. Depuis que le crime existe, ou du moins depuis qu'il y a des poursuites criminelles, les indicateurs jouent un rôle important dans les enquêtes policières. Peut-être est-il vrai que certains indicateurs agissent contre rémunération ou dans leur propre intérêt. Peu importe leur mobile, les indicateurs sont dans une position précaire et jouent un rôle dangereux.

Le rôle des indicateurs dans les affaires de drogues est particulièrement important et dangereux. Ils fournissent souvent à la police le seul moyen d'obtenir des renseignements sur les opérations et le fonctionnement des

works. It has been estimated that in the United Sates some ninety-five per cent of all federal narcotics cases involve the work of informers . . . .

Trafficking in narcotics is a lucrative enterprise. The retribution wreaked on informers and undercover officers who attempt to gather evidence is often obscenely cruel. Little assistance can be expected from informers if their identity is not protected. There can be no relationship of trust established by the police with informers without that protection. If the investigation of drug-related crime is to continue then, to the extent it is possible, the identity of informers must be protected.

The need to protect the identity of an informer has long been recognized by the courts of Canada and other jurisdictions. [Emphasis added.]

The following passage from Anderson J.'s reasons in *Miller and Thomas, supra*, at p. 292, is still very relevant today:

If the secret material were revealed to the general public, the following results might occur:

(1) The lives and safety of informers would be in jeopardy.

(2) The identity of "undercover" agents would be revealed. This would be so even if the names of the informants or the "undercover" agents were not made known, because the revealing of the information would, in most cases, in itself make known the identity of the informer or the "undercover" agent.

(3) The information relating to incomplete investigations would be revealed.

(4) The *modus operandi* of the police would be revealed.

(5) Information relating to innocent persons would be revealed. [Emphasis added.]

In that perspective, the scope of the editing does not only include the names and the addresses of the informers, but also, and perhaps more important, the whereabouts and other details which could help to locate and identify them. The context and facts of a particular case are also crucial to the range of the editing. In cases of drug-related infractions, organized networks of narcotic distribution and motorcycle clubs such as in the present

réseaux de trafiquants. On a estimé qu'aux États-Unis on a eu recours à des indicateurs dans environ quatre-vingt-quinze pour cent de toutes les affaires fédérales concernant des stupéfiants [. . .].

Le trafic des stupéfiants est payant. Le châtiment infligé aux indicateurs et aux agents d'infiltration qui tentent de réunir des preuves est souvent d'une cruauté répugnante. On ne peut guère s'attendre à ce que les indicateurs prêtent leur assistance si leur identité n'est pas protégée. La police ne pourrait pas établir de rapports de confiance avec les indicateurs s'ils étaient privés de cette protection. Pour que les enquêtes sur la criminalité liée aux drogues continuent, il faut protéger l'identité des indicateurs, dans la mesure du possible.

Au Canada et à l'étranger, les tribunaux ont depuis longtemps reconnu la nécessité de protéger l'identité des indicateurs. [Je souligne.]

Le passage qui suit des motifs du juge Anderson dans l'affaire *Miller and Thomas*, précitée, à la p. 292, est encore très pertinent:

[TRADUCTION] La divulgation des documents secrets au grand public risquerait d'entraîner les résultats suivants:

(1) La vie et la sécurité des indicateurs seraient compromises.

(2) L'identité d'agents d'infiltration serait révélée. Ce résultat se produirait même si le nom des indicateurs ou des agents d'infiltration n'était pas révélé, parce que la divulgation de la nature des renseignements entraînerait en soi, dans la plupart des cas, la révélation de l'identité des indicateurs ou celle des agents d'infiltration.

(3) Des renseignements relatifs à des enquêtes en cours seraient révélés.

(4) La manière d'opérer de la police serait révélée.

(5) Des renseignements touchant des innocents seraient révélés. [Je souligne.]

Dans cette perspective, les éléments à supprimer sont non seulement le nom et l'adresse des indicateurs, mais encore — cela est peut-être plus important — les mentions de lieux et autres détails permettant de savoir où ils se trouvent et qui ils sont. Le contexte et les faits de chaque cas sont aussi des facteurs critiques quant à la portée de l'édition. Dans les cas d'infractions liées à la drogue, de réseaux organisés de distribution de stupéfiants et

appeals, it would not be surprising to find that the main if not the only reason why accused wish to have access to the unedited affidavits and to cross-examine the affiants and sub-affiants is precisely to identify informers so they can be dealt with. Their life may be in jeopardy. Therefore, the slightest detail that might help identify an informer must be edited by the trial judge. That is where the judge's discretion enters into play as an essential tool for the protection of informers.

That is precisely what O'Connell Dist. Ct. J. did, as he stated in his reasons. He had the discretion to edit, and such discretion demanded, in his view, that he edit to the extent he did, in order to delete information regarding informers on the basis that such information was likely to lead to their identification. Perhaps in so doing the editing judge was over-cautious in his attempt to protect the identity of the informers and the nature of the undercover operation. Nevertheless, this was within his discretion and could not amount to an error of law in the absence of a denial of justice or of full and fair defence.

The appellants' other submission is that the information identifying informers, whose identity may no longer have been confidential by time of trial, should also not have been deleted by O'Connell Dist. Ct. J. Whatever the merits of that position, I note that counsel for the appellants had the opportunity to present their submissions over the course of two days with respect to the editing O'Connell Dist. Ct. J. had done (May 19 and 20, 1987). The arguments of counsel for the appellants were, at that time, only directed towards the deletion of information from informers, as opposed to information identifying informers, and the specific issue of possible loss of confidentiality of some informers was never raised. This is significant in my view and the appellants cannot today, without more, challenge such editing. At the time of the

de clubs de motards comme dans les présents pourvois, il ne serait pas étonnant de constater que la principale, voire la seule, raison pour laquelle les accusés voudraient avoir accès aux affidavits dans leur version intégrale et contre-interroger les déposants et les sous-déposants est précisément la possibilité d'établir l'identité des indicateurs dans le but de leur infliger le châtiment habituel. Leur vie peut être mise en péril. Par conséquent, le juge du procès doit supprimer le moindre détail susceptible de permettre d'établir l'identité d'un indicateur. C'est là qu'entre en jeu le pouvoir discrétionnaire du juge car il représente un moyen essentiel de protection des indicateurs.

C'est exactement ce que le juge O'Connell a fait, comme il le précise dans ses motifs. Il avait le pouvoir discrétionnaire d'éditer les documents et, dans l'exercice de ce pouvoir, il devait, selon lui, faire l'édition comme il l'a fait, de façon à supprimer les renseignements concernant les indicateurs lorsque ces renseignements étaient de nature à permettre d'établir leur identité. Le juge s'est peut-être montré exagérément prudent en faisant cette édition dans sa tentative de cacher l'identité des indicateurs et la nature de l'opération d'infiltration. Néanmoins, cela relevait de son pouvoir discrétionnaire et ne saurait constituer une erreur de droit en l'absence de déni de justice ou de privation du droit à une défense pleine et entière.

Selon l'autre argument des appelants, le juge O'Connell n'aurait pas dû supprimer des renseignements révélant l'identité d'indicateurs qui n'était peut-être plus confidentielle au moment du procès. Peu importe le bien-fondé de cet argument, je remarque que les avocats des appelants ont eu la possibilité de faire valoir leurs arguments pendant les deux jours que le juge O'Connell a consacrés à son édition (les 19 et 20 mai 1987). Leurs arguments n'ont porté, à ce moment-là, que sur la suppression de renseignements provenant des indicateurs, par opposition à des renseignements permettant de les identifier, et ils n'ont jamais soulevé la question précise de savoir si l'identité de certains indicateurs était encore confidentielle. C'est là, à mon sens, un point important et les appelants ne peuvent pas aujourd'hui, sans plus,

editing, the trial had not been held and there was no way for the trial judge to know whether, at the time of trial, such confidentiality would become unnecessary. Besides, there is nothing in the record to indicate that the reviewing judge was informed that the material in the affidavits edited out by Bowlby J. was not, or had ceased to be, confidential and, therefore, could be released. Contrary to what my colleague Sopinka J. holds, I am of the opinion that the reviewing judge could not have presumed, at the time of his review, that the version of the affidavits as edited and released by Bowlby J. was not confidential anymore. The appellants' argument cannot succeed.

As to appellants' further argument, the deletion of irrelevant information ("commentary", "summary" or "opinion") made by O'Connell Dist. Ct. J. may be more questionable, as my colleague Sopinka J. notes. Nevertheless, these deletions were minor and are irrelevant as a basis for the issuing of the authorizations. As Finlayson J.A. pointed out, that "is but one opinion, however, and is not enough to override that of an experienced trial judge" (p. 450). Moreover, this falls within the trial judge's discretion and surely it is not enough to constitute unfairness and warrant a new trial, especially considering all the circumstances of this case and, in particular, in respect with the editing process, the lengthy cross-examination of the affiants and of two additional witnesses (12 days). The appellants had every opportunity to explore the veracity of the affidavits and the probable cause for requesting (and granting) the authorizations in the first place. That is the important issue.

Sopinka J. argues that had the appellants had access to the material contained in the excised portions of the affidavits, they could have used this information to impugn the contents of the affida-

contester cette édition. Au moment de l'édition, le procès n'avait pas encore eu lieu et le juge du procès n'avait aucun moyen de savoir si, au moment du procès, il ne serait plus nécessaire de garder leur identité secrète. En outre, aucun élément de preuve versé au dossier n'indique que le juge siégeant en révision ait été informé que les parties des affidavits supprimées par le juge Bowlby n'étaient pas, ou avaient cessé d'être, confidentielles et, en conséquence, pouvaient être rendues publiques. Contrairement à ce qu'estime mon collègue le juge Sopinka, je suis d'avis que le juge siégeant en révision ne pouvait pas présumer, au moment de la révision, que la version des affidavits édités et rendus publics par le juge Bowlby n'était plus confidentielle. Il y a lieu de rejeter l'argument des appelants.

Quant à l'autre argument des appelants, la suppression de renseignements non pertinents («commentaires», «résumés» ou «opinions») par le juge O'Connell est peut-être plus discutable, comme le fait remarquer mon collègue le juge Sopinka. Néanmoins, les éléments supprimés étaient mineurs et n'étaient pas pertinents quant aux motifs pour lesquels les autorisations ont été accordées. Pour reprendre les paroles du juge Finlayson, je [TRADUCTION] «ne fais qu'exprimer une opinion, cependant, et elle ne saurait suffire pour l'emporter sur celle d'un juge du procès expérimenté» (p. 450). Par surcroît, cela fait partie du pouvoir discrétionnaire du juge du procès et est certainement insuffisant pour constituer un manque d'équité et justifier un nouveau procès, surtout si l'on prend en considération l'ensemble des circonstances de l'espèce et, en particulier, pour ce qui est du processus d'édition, le long contre-interrogatoire des déposants et de deux témoins additionnels (12 jours). Les appelants ont eu tout le loisir de vérifier la véracité des affidavits et le motif probable pour lequel les autorisations ont été demandées (et accordées) au départ. Voilà la question importante.

Le juge Sopinka affirme que, si les appelants avaient eu accès aux renseignements contenus dans les passages supprimés des affidavits, ils auraient pu s'en servir pour attaquer le contenu des parties

vits which had been disclosed. In my view, this argument is largely self-defeating because the same could be said about the authorized deletions, i.e. regarding the names and the addresses of the informers. On that view, all the deletions could be used by an accused to demonstrate the inaccuracy of allegations made in the affidavits, fraud, or non-disclosure. Such a position simply ignores the continuing need for confidentiality which I have discussed at length.

One must not ignore that, in his reasons for judgment regarding deletions, O'Connell Dist. Ct. J. specifically indicated that the only deletions he made were related to the identity of informers and some irrelevant commentary. If that is so, it is entirely proper and in accordance with *Garofoli*, *supra*. I note that the reasons of O'Connell Dist. Ct. J. were not challenged.

The comparison between the two affidavits edited by Bowlby J. in the Supreme Court of Ontario trial of 1986 (*R. v. Marsh*, *supra*) and the same two affidavits edited by Watt J. of the Supreme Court of Ontario in the second *Wilson* motion presented in September 1987 with the editing made by O'Connell Dist. Ct. J. is not relevant. In the exercise of their discretion, judges might hold different views and come to different conclusions. As long as the exercise of discretion is made judiciously and judicially, there is no ground for reproach. This is the case here. There is no magic formula and the circumstances of a particular case will mandate certain courses of action. Judgment and common sense will have to be exercised. One may have a different view than another, but that is the name of the game of discretion, providing fundamental rules of justice are respected. Dickson J.'s comments in *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436, although in the context of matrimonial property disputes, are relevant to the present matter (at p. 448):

The need for certainty in matrimonial property disputes is unquestionable, but it is a certainty of legal principle hedging in a judicial discretion capable of

de l'affidavit qui ont été divulguées. À mon avis, cet argument va à l'encontre du but recherché, car on peut dire la même chose des renseignements supprimés à bon droit, savoir le nom et l'adresse des indicateurs. Suivant ce raisonnement, un accusé pourrait se servir de tous les éléments supprimés pour démontrer l'inexactitude des allégations, la fraude ou la non-divulgation. Cette position ne tient tout simplement pas compte du besoin continu de confidentialité, que j'ai analysé au long.

On ne doit pas oublier que, dans ses motifs de jugement en ce qui concerne les suppressions, le juge O'Connell a indiqué expressément n'avoir supprimé que des passages concernant l'identité des indicateurs et certains commentaires non pertinents. S'il en est ainsi, ses suppressions étaient tout à fait justifiées et conformes à l'arrêt *Garofoli*, précité. Je remarque que les motifs du juge O'Connell n'ont pas été contestés.

La comparaison de l'édition faite par le juge O'Connell avec celle de deux des affidavits par le juge Bowlby à l'occasion du procès tenu en 1986 devant la Cour suprême de l'Ontario (*R. c. Marsh*, précité) et celle des deux mêmes affidavits par le juge Watt de la Cour suprême de l'Ontario à l'occasion de la seconde requête de type *Wilson* présentée en septembre 1987 n'est pas pertinente. Dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, les juges peuvent adopter un point de vue distinct et tirer des conclusions différentes. Dans la mesure où ils exercent ce pouvoir judicieusement et judiciairement, il n'y a rien à y redire. C'est le cas en l'espèce. Il n'existe pas de formule magique et les circonstances de chaque espèce dictent la ligne à suivre. Il faut faire preuve de jugement et de bon sens. Le point de vue de chacun peut différer, mais c'est la règle du jeu quand il s'agit de pouvoir discrétionnaire, pourvu que les règles fondamentales de justice soient respectées. Les observations du juge Dickson dans l'arrêt *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436, à la p. 448, bien qu'il les ait faites dans le contexte d'un litige en matière de biens matrimoniaux, sont pertinentes:

Le besoin de certitude dans les litiges portant sur les biens matrimoniaux est indiscutable, mais il s'agit de la certitude qu'apporte un principe juridique qui circons-

redressing injustice and relieving oppression. [Emphasis added.]

Finally, on the question of prejudice, I am in complete agreement with Finlayson J.A. when he says (at p. 453):

On balance, I do not think the appellants Farinacci, Lépine and Jeffreys can show significant prejudice as a result of the editing process. In the absence of such prejudice, the failure of the trial judge to fully anticipate guidelines that would be set down by subsequent courts for editing affidavits is not sufficient, on appeal, to set aside the authorizations in question.

Even assuming that the deletions made by the trial judge were excessive to the point of amounting to an error, no prejudice resulting from those deletions was demonstrated. Moreover, the judge allowed cross-examination of the three affiants and two additional witnesses for 12 full days. The appellants were unable to demonstrate that the authorizations to intercept private communications were facially deficient, that the edited affidavits failed to set out reasonable and probable grounds or that the affiants committed fraud, misleading disclosure or non-disclosure in their request for the authorizations to wiretap appellants' telephone conversations. Besides, as I said earlier, counsel for the appellants recognized that had the affidavits submitted to the judge in order to obtain the wiretap authorizations been the edited affidavits, such affidavits would have been sufficient for the issuing of the authorizations. In these circumstances, I cannot find prejudice. The purpose of a review is precisely to ascertain that the authorizations were properly issued, not to permit the accused to go on fishing expeditions to attempt to identify informers, which would be an abuse of the process in itself. The exercise that the appellants went through here, to no avail in my view, had the effect of considerably prolonging the proceedings, at a very substantial cost to the justice system. This, in my opinion, is only commendable when there is ground to suspect that rights have been violated and a miscarriage of justice has been committed; the grounds of appeal here at issue did not reveal

crit un pouvoir discrétionnaire judiciaire permettant de redresser l'injustice et de soulager l'oppression. [Je souligne.]

Pour terminer, relativement à la question du préjudice, je suis tout à fait d'accord avec le juge Finlayson, quand il dit (à la p. 453):

[TRADUCTION] Tout bien considéré, je ne crois pas que les appelants Farinacci, Lépine et Jeffreys soient en mesure d'établir que la révision leur a causé un préjudice appréciable. En l'absence d'un tel préjudice, le défaut du juge du procès de prévoir les lignes directrices applicables à la révision d'affidavits qui seraient énoncées par les tribunaux subséquents ne constitue pas un motif suffisant pour annuler, en appel, les autorisations en cause.

Même à supposer que les suppressions faites par le juge du procès aient été exagérées au point de constituer une erreur, aucun préjudice en résultant n'a été prouvé. En outre, le juge a permis le contre-interrogatoire des trois déposants et de deux autres témoins pendant 12 jours entiers. Les appelants n'ont pas réussi à démontrer que les autorisations d'intercepter des communications privées étaient, à première vue, entachées d'un vice, ou que les affidavits édités ne révélaient pas de motifs raisonnables et probables, ou encore que les déposants s'étaient rendus coupables, dans leur demande d'autorisation d'écoute électronique des conversations téléphoniques des appelants, de fraude, de divulgation trompeuse ou de non-divulgation. De plus, je le répète, les avocats des appelants ont reconnu que, si les affidavits soumis au juge en vue d'obtenir les autorisations d'écoute électronique avaient été les affidavits édités, ceux-ci auraient été suffisants pour justifier la délivrance des autorisations. Dans les circonstances, je ne puis conclure à un préjudice. La révision a précisément pour but de vérifier si les autorisations ont été accordées à bon droit, et non de permettre à l'accusé de faire une expédition de pêche afin de tenter d'identifier les indicateurs, ce qui constituerait en soi un abus de procédure. La démarche qu'ont entreprise les appelants en l'espèce, et qui n'a servi à rien à mon sens, a eu pour effet de prolonger considérablement l'instance, occasionnant des frais très élevés pour le système judiciaire. Une telle entreprise ne serait louable, à mon avis, que

any. They were worded in pure legal technicalities which have no bearing on the innocence or the guilt of an accused and, for that matter, on the rendering of justice.

- IV -

Conclusion

Police wiretapping of telephone conversations and the use of informers are essential tools in discovering criminal activity and bringing to justice those people who are shattering the foundation of society. This is particularly so in cases of drug trafficking which is today a "pernicious scourge in our society", as my colleague Sopinka J., speaking for the Court, has eloquently stated in *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, at p. 241.

The more sophisticated criminals become in their pursuit of greed and revenge, the more sophisticated police strategies and devices must become to detect and deter such criminal activity.

In a free and democratic society, contrary to totalitarian regimes, the police cannot barge into people's homes, seize documents and goods, wiretap conversations and arrest people without probable and reasonable grounds to believe that a crime has been or is being committed. As a general rule, the police must obtain prior authorizations from a judge and, to that end, must establish reasonable and probable cause. Once that has been demonstrated, the authorizations are legal and that is the end of the matter. The guilt or innocence of an accused are not at stake at this stage, it is the violation of an accused's rights under the *Charter* which is examined. Once established that there is no violation, there is no more purpose to the exercise.

dans le cas où l'on aurait des raisons de soupçonner qu'il y a eu atteinte à des droits et erreur judiciaire; les moyens d'appel en l'espèce n'ont révélé rien de tel. Ils ont fait état de questions de pure forme qui n'ont aucun rapport avec l'innocence ou la culpabilité d'un accusé et, quant à cela, avec la justice.

- IV -

Conclusion

L'écoute électronique de conversations téléphoniques et l'utilisation d'indicateurs sont essentielles au travail de la police lorsqu'il s'agit de découvrir les crimes et de traduire en justice les individus qui sapent les fondements de la société. C'est particulièrement vrai dans le domaine du trafic de drogues qui représente de nos jours un «fléau endémique dans notre société», comme le dit éloquemment mon collègue le juge Sopinka, au nom de notre Cour, dans l'arrêt *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, à la p. 241.

Plus les criminels font preuve d'ingéniosité dans leur recherche de la fortune et de la vengeance, plus la police doit employer des stratégies et des moyens ingénieux pour dépister et empêcher l'activité criminelle.

Dans une société libre et démocratique, au contraire des sociétés totalitaires, la police ne peut pas faire irruption dans les maisons, saisir des documents et des biens, intercepter des conversations et arrêter des gens sans être fondée à croire, pour des motifs probables et raisonnables, qu'un crime a été commis ou est en train de l'être. En règle générale, la police doit obtenir au préalable l'autorisation d'un juge et, à cette fin, faire valoir des motifs raisonnables et probables. Une fois ces motifs démontrés, l'autorisation est légale et cela met un terme à l'affaire. La culpabilité ou l'innocence d'un inculpé ne sont pas en cause à cette étape, l'examen portant plutôt sur l'atteinte aux droits de l'inculpé garantis par la *Charte*. Si la preuve n'établit aucune atteinte, le but de la démarche n'existe plus.

The balance between the protection of society and the respect of individual rights, be they those of criminals, has been struck in s. 178.14 of the *Criminal Code* (later s. 187). In my view, those rules were respected here. The wiretap of the appellants' conversations was properly authorized by a judge, was relevant and admissible at their trial and as such admitted. The appellants had nothing but a fair trial, there was no miscarriage of justice and no violation of the right to make a full and fair defence. There is nothing in the treatment of the sealed packets by the reviewing judge which constituted a reviewable error.

The procedure followed and the editing by the trial judge of the affidavits in support of the authorizations to intercept private communications did not deprive the appellants of their right to make full answer and defence as guaranteed by ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*. The editing process followed by the trial judge was a proper exercise of his discretion and, as such, did not constitute an error of law. Therefore, the authorizations were valid and there is no need to consider the application s. 686(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code* to the present appeals. Like Finlayson J.A. said, "I have no sense that the appellants received anything less than a fair trial" (p. 456).

As a result, I would dismiss the appeals and affirm the convictions of the appellants.

Appeals allowed and new trial ordered, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER *and* MCLACHLIN JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant Farinacci: Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitors for the appellant Lépine: Carter & Minden, Toronto.

Solicitors for the appellant Jeffreys: Pinkofsky, Lockyer, Kwinter, Toronto.

Solicitor for the respondent: John C. Tait, Ottawa.

L'équilibre entre la protection de la société et le respect des droits individuels, fussent-ils ceux de criminels, a été établi à l'art. 178.14 du *Code criminel* (devenu l'art. 187). À mon avis, ces règles ont été respectées en l'espèce. L'écoute électronique des conversations des appelants a été autorisée régulièrement par un juge, était pertinente et admissible à leur procès et a été admise comme telle. Les appelants ont eu un procès tout à fait équitable, ils n'ont pas été victimes d'erreur judiciaire et il n'y a pas eu d'atteinte à leur droit à une défense pleine et entière. La façon dont le juge siégeant en révision a traité les paquets scellés n'a aucunement constitué une erreur donnant lieu à révision.

La procédure suivie par le juge du procès et l'édition qu'il a faite des affidavits fondant les autorisations d'intercepter des communications privées n'ont pas privé les appelants de leur droit de présenter une défense pleine et entière qui est garanti par l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte*. En procédant comme il l'a fait, le juge du procès a bien exercé son pouvoir discrétionnaire et cette façon de procéder ne constituait pas une erreur de droit. Par conséquent, les autorisations étaient valides et il n'est pas nécessaire de passer à l'examen de l'applicabilité du sous-al. 686(1)*b*)(iii) du *Code criminel* aux présents pourvois. Comme l'a dit le juge Finlayson, [TRADUCTION] «rien ne me porte à croire que les appelants n'ont pas vraiment bénéficié d'un procès équitable» (p. 456).

Par conséquent, je rejetterais les pourvois et je confirmerais les déclarations de culpabilité des appelants.

Pourvois accueillis et nouveau procès ordonné, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER *et* MCLACHLIN *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelant Farinacci: Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureurs de l'appelant Lépine: Carter & Minden, Toronto.

Procureurs de l'appelant Jeffreys: Pinkofsky, Lockyer, Kwinter, Toronto.

Procureur de l'intimée: John C. Tait, Ottawa.

Dunphy Leasing Enterprises Ltd., S. & D. Rent-A-Car Ltd. and 106315 Canada Inc. *Appellants*

v.

The Bank of Nova Scotia *Respondent*

and

Borrowers' Action Society, Canadian Bankers' Association, T. Eaton Co. and Canadian Tire Acceptance Ltd. *Interveners*

INDEXED AS: BANK OF NOVA SCOTIA *v.* DUNPHY LEASING ENTERPRISES LTD.

File No.: 22819.

1994: March 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Interest — Calculation of interest rate — Non-mortgage loans — Lender prescribing interest at stated annual rate but calculating, collecting or compounding interest rate on more frequent basis — Whether Court of Appeal erred in finding nominal annual interest rate applicable and s. 4 of Interest Act not applicable — Interest Act, R.S.C., 1985, c. I-15, s. 4.

Contracts — Non-mortgage loans — Calculation of interest rate — Interpretation of contract.

Statutes and Regulations Cited

Interest Act, R.S.C., 1985, c. I-15, s. 4.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1991), 120 A.R. 241, 8 W.A.C. 241, 83 Alta. L.R. (2d) 289, [1992] 1 W.W.R. 577, allowing an appeal from a judgment of Power J. (1990), 105 A.R. 161. Appeal dismissed.

Bradley J. Willis and *Peter Knaak, Q.C.*, for the appellants.

Dunphy Leasing Enterprises Ltd., S. & D. Rent-A-Car Ltd. et 106315 Canada Inc. *Appelantes*

c.

La Banque de Nouvelle-Écosse *Intimée*

et

Borrowers' Action Society, Association des banquiers canadiens, T. Eaton Co. et Canadian Tire Acceptance Ltd. *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ: BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE *c.* DUNPHY LEASING ENTERPRISES LTD.

N° du greffe: 22819.

1994: 18 mars.

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

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

Intérêts — Calcul du taux d'intérêt — Prêts non hypothécaires — Taux d'intérêt annuel prescrit par le prêteur, mais calculé, perçu ou composé sur une base plus fréquente — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que le taux d'intérêt annuel nominal s'appliquait et que l'art. 4 de la Loi sur l'intérêt ne s'appliquait pas — Loi sur l'intérêt, L.R.C. (1985), ch. I-15, art. 4.

Contrats — Prêts non hypothécaires — Calcul du taux d'intérêt — Interprétation de contrat.

Lois et règlements cités

Loi sur l'intérêt, L.R.C. (1985), ch. I-15, art. 4.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1991), 120 A.R. 241, 8 W.A.C. 241, 83 Alta. L.R. (2d) 289, [1992] 1 W.W.R. 577, qui a accueilli un appel contre un jugement du juge Power (1990), 105 A.R. 161. Pourvoi rejeté.

Bradley J. Willis et *Peter Knaak, c.r.*, pour les appelantes.

W. Ian C. Binnie, Q.C., and *Valerie Prather*, for the respondent.

Margaret Cowtan, for the intervener Borrowers' Action Society.

Roderick A. McLennan, Q.C., and *Michelle G. Crighton*, for the intervener Canadian Bankers' Association.

Gerald A. Verville, Q.C., and *Jeffrey H. Mayan*, for the intervener T. Eaton Co.

Kenneth C. Cancellara, Q.C., and *S. John Page*, for the intervener Canadian Tire Acceptance Ltd.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J. — Mr. Willis, you gave the very difficult case you had the best possible day in Court a barrister can. Unfortunately we cannot accede to your arguments.

Essentially this case rests upon the interpretation of a contract and the statutory interpretation of s. 4 of the *Interest Act*, R.S.C., 1985, c. I-15. Both matters were carefully considered by the Court of Appeal and we feel that we cannot usefully add to the reasons below, with which we are in substantial agreement.

The appeal is accordingly dismissed with costs in this Court only.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants: Cleall, Pahl, Edmonton.

Solicitors for the respondent: Bennett, Jones, Verchere, Calgary.

Solicitor for the intervener Borrowers' Action Society: Margaret Cowtan, Calgary.

Solicitors for the intervener Canadian Bankers' Association: McLennan, Ross, Edmonton.

W. Ian C. Binnie, c.r., et *Valerie Prather*, pour l'intimée.

Margaret Cowtan, pour l'intervenante Borrowers' Action Society.

Roderick A. McLennan, c.r., et *Michelle G. Crighton*, pour l'intervenante l'Association des banquiers canadiens.

Gerald A. Verville, c.r., et *Jeffrey H. Mayan*, pour l'intervenante T. Eaton Co.

Kenneth C. Cancellara, c.r., et *S. John Page*, pour l'intervenante Canadian Tire Acceptance Ltd.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Me Willis, vous avez plaidé de votre mieux l'affaire très difficile qui vous avait été confiée. Malheureusement, nous ne pouvons retenir vos arguments.

Cette affaire repose essentiellement sur l'interprétation d'un contrat et sur celle de l'art. 4 de la *Loi sur l'intérêt*, L.R.C. (1985), ch. I-15. La Cour d'appel a examiné soigneusement ces deux questions et nous estimons qu'il nous est impossible d'ajouter quoi que ce soit d'utile à ses motifs auxquels nous souscrivons pour l'essentiel.

Le pourvoi est donc rejeté avec dépens en notre Cour seulement.

Jugement en conséquence.

Procureurs des appelantes: Cleall, Pahl, Edmonton.

Procureurs de l'intimée: Bennett, Jones, Verchere, Calgary.

Procureur de l'intervenante Borrowers' Action Society: Margaret Cowtan, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Association des banquiers canadiens: McLennan, Ross, Edmonton.

Solicitors for the intervener T. Eaton Co.: Milner, Fenerty, Edmonton.

Solicitors for the intervener Canadian Tire Acceptance Ltd.: Cassels, Brock & Blackwell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante T. Eaton Co.: Milner, Fenerty, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Canadian Tire Acceptance Ltd.: Cassels, Brock & Blackwell, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

M.B.P. *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* P. (M.B.)

File No.: 23088.

1993: November 12; 1994: April 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Sexual offences — Time of offence — Reopening of Crown's case — Complainant and her mother testifying that alleged assaults occurred in 1982 — Crown closing its case — Defence announcing intention to call alibi witness — Crown recalling complainant's mother to establish that alleged assaults occurred in 1983 — Whether trial judge erred in permitting Crown to reopen case — Whether trial judge erred in permitting Crown to amend indictment.

The accused was charged with indecent assault of his niece and with having sexual intercourse with her when she was under the age of 14. The complainant had initially reported that the sexual assaults occurred in 1980. An information was drafted and the accused was arrested. He was informed that the incidents of which he was being accused had occurred when he was living at the complainant's house. After being cautioned and given his right to counsel, he made several inculpatory statements to the arresting officers. Following the preliminary inquiry, the information was amended to allege that the incidents had occurred between January 1, 1982 and January 1, 1983. The complainant, who was 16 at the time of the trial, testified that the accused had lived at her parents' house for a month or two in the summer of 1982 when she was eight and that while her parents were away for a weekend, he sexually assaulted her. She stated that she and her mother had gone through old photographs which had helped them determine the relevant time frame. Her mother testified that the accused had lived with the family for two months in the summer

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

M.B.P. *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* P. (M.B.)

N° du greffe: 23088.

1993: 12 novembre; 1994: 14 avril.

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

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

Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Moment de l'infraction — Réouverture de la preuve du ministère public — Plaignante et sa mère témoignant que les agressions se seraient produites en 1982 — Fin de la preuve du ministère public — Défense annonçant son intention de citer un témoin pour étayer un alibi — Ministère public citant de nouveau la mère de la plaignante pour démontrer que les agressions se seraient produites en 1983 — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en permettant au ministère public de rouvrir sa preuve? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en permettant au ministère public de modifier l'acte d'accusation?

L'accusé a été inculpé d'avoir attenté à la pudeur de sa nièce et d'avoir eu des rapports sexuels avec celle-ci alors qu'elle était âgée de moins de 14 ans. La plaignante a d'abord dit que les agressions sexuelles étaient survenues en 1980. Une dénonciation a été rédigée et l'accusé a été arrêté. Celui-ci a été informé que les incidents qu'on lui reprochait s'étaient produits lorsqu'il vivait dans la maison de la plaignante. Après qu'on lui eut fait une mise en garde et qu'on l'eut informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, l'accusé a fait plusieurs déclarations incriminantes aux policiers qui avaient procédé à son arrestation. Après l'enquête préliminaire, la dénonciation a été modifiée de manière à alléguer que les incidents s'étaient produits entre le 1er janvier 1982 et le 1er janvier 1983. La plaignante, qui était âgée de 16 ans au moment du procès, a témoigné que l'accusé avait demeuré pendant un ou deux mois dans la maison de ses parents, au cours de l'été 1982, alors qu'elle était âgée de huit ans, et qu'il l'avait agressée sexuellement pendant que ses parents étaient partis pour une fin de semaine. Elle a affirmé que sa mère et

of 1982, and that he had baby-sat her daughter during a van trip in July of that year. The Crown closed its case and the trial was adjourned. Prior to adjourning, defence counsel stated in open court that he would be calling three witnesses, including an alibi witness. When the trial resumed the Crown successfully applied to reopen its case and recall the complainant's mother. She testified that she had been mistaken and that she now realized that the accused had stayed with the family in the summer of 1983, not the summer of 1982. The Crown was then granted leave to amend the indictment to extend the time frame to include 1983. The accused testified that he had lived with the complainant's family during the summer of 1983. He was convicted of both counts. The Court of Appeal found that the Crown should not have been permitted to reopen its case or amend the indictment. It quashed the convictions. The Crown appeals to this Court only in respect of the acquittal on the sexual intercourse charge, the amendment to the indictment having resulted in a time frame extending beyond the repeal of the offence of indecent assault.

Held (La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The trial judge committed a reversible error in allowing the Crown's case to be reopened after the accused had begun to answer the case against him by revealing that he would be calling three witnesses. The keystone principle in determining whether the Crown should be allowed to reopen its case has always been whether the accused will be prejudiced in his or her defence. A trial judge's discretion in this regard must be exercised judicially and with a view to ensuring that the interests of justice are served. Traditionally, the stage reached in a proceeding has been treated as correlative to prejudice and injustice to the accused. Before the Crown has closed its case, a trial judge has considerable latitude in exercising his or her discretion to allow the Crown to recall a witness so that his or her earlier testimony can be corrected. Once the Crown actually closes its case but before the defence elects whether or not to call evidence, the test to be applied by the trial judge is

elle avaient examiné d'anciennes photographies qui les avaient aidées à déterminer la période pertinente. La mère de la plaignante a témoigné que l'accusé avait vécu avec la famille pendant deux mois au cours de l'été 1982 et qu'il avait gardé sa fille pendant un voyage en fourgonnette en juillet de cette année. Le ministère public a terminé sa preuve et le procès a été ajourné. Avant l'ajournement, l'avocat de la défense a affirmé à l'audience qu'il citerait trois témoins, dont un pour étayer un alibi. À la reprise du procès, le ministère public a demandé avec succès à rouvrir sa preuve et à citer de nouveau la mère de la plaignante. Elle a témoigné qu'elle avait commis une erreur et qu'elle avait maintenant réalisé que l'accusé était demeuré avec la famille au cours de l'été 1983 et non de l'été 1982. Le ministère public a alors obtenu l'autorisation de modifier l'acte d'accusation afin de proroger la période pertinente de manière à comprendre l'année 1983. L'accusé a témoigné avoir vécu avec la famille de la plaignante au cours de l'été 1983. Il a été déclaré coupable à l'égard des deux chefs d'accusation. La Cour d'appel a conclu que le ministère public n'aurait pas dû être autorisé à rouvrir sa preuve ou à modifier l'acte d'accusation. Elle a annulé les déclarations de culpabilité. Le ministère public se pourvoit devant notre Cour seulement en ce qui concerne l'acquittement inscrit relativement au chef d'accusation de rapports sexuels, la nouvelle période qui a résulté de la modification de l'acte d'accusation s'étendant au-delà de la date d'abrogation de l'infraction d'attentat à la pudeur.

Arrêt (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: Le juge du procès a commis une erreur justifiant une annulation lorsqu'il a permis au ministère public de rouvrir sa preuve après que l'accusé eut commencé à répondre à la preuve présentée contre lui en révélant qu'il citerait trois témoins. Le principe fondamental qui s'applique pour déterminer si le ministère public devrait être autorisé à rouvrir sa preuve a toujours été de savoir si l'accusé serait lésé dans sa défense. Le pouvoir discrétionnaire du juge du procès à cet égard doit être exercé judiciairement et avoir pour objet d'assurer qu'il est dans l'intérêt de la justice de le faire. Traditionnellement, on a considéré qu'il y a une corrélation entre le stade auquel sont rendues les procédures et le préjudice et l'injustice que subit l'accusé. Avant que le ministère public ait terminé sa preuve, le juge du procès jouit d'une grande latitude dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de permettre au ministère public de citer de nouveau un témoin pour

generally understood to be that reopening is to be permitted to correct some oversight or inadvertent omission by the Crown in the presentation of its case, provided of course that justice requires it and there will be no prejudice to the defence. After the Crown has closed its case and the defence has started to answer the case against it, a court's discretion is very restricted, and it is only in the narrowest of circumstances that the Crown will be permitted to reopen its case. Allowing the Crown's case to be reopened after the defence has started to meet that case would undermine the guiding principle against self-incrimination. This Court's decision in *Robillard*, with its more generous approach to a trial judge's discretion over reopening, even after the defence has closed its case, must be narrowly construed as applying only to situations where the Crown is seeking to reopen in order to correct a matter of form.

This is an appropriate case in which to interfere with the trial judge's exercise of discretion to allow the Crown to reopen its case. Not only had the defence started to meet the Crown's case by declaring its intention to call evidence, but the mother's fresh evidence had the effect of changing the case which the accused had committed himself to answering. Reopening in this case was contrary to the interests of justice and prejudicial to the accused because it violated, indirectly, the fundamental tenet of our criminal justice system that an accused must not be conscripted against himself. It is unnecessary to consider whether the trial judge erred in allowing the amendment to the indictment.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. (dissenting): The reopening of the case was properly allowed by the trial judge, as was the amendment to the indictment. Neither of these procedural incidents altered the case which the accused had to answer, since he had been made aware at the time of his arrest that the relevant period during which he was alleged to have sexually assaulted the complainant was when he was living at her parents' house, and the accused thus could not have suffered any prejudice of any kind. A trial judge has wide discretion to allow the reopening of the case and such discretion, as long as it is exercised in a manqu'il corrige son témoignage antérieur. Dès que le ministère public termine réellement sa preuve, mais avant que la défense choisisse de produire une preuve, le critère que doit appliquer le juge du procès est généralement considéré comme celui selon lequel on doit permettre de rouvrir la preuve pour remédier à un oubli ou à une omission par inadvertance du ministère public dans la présentation de sa preuve, pourvu naturellement que la justice l'exige et que la défense ne soit pas lésée. Après que le ministère public a terminé sa preuve et que la défense a commencé à y répondre, le pouvoir discrétionnaire d'une cour est très limité et c'est seulement dans des circonstances très particulières que le ministère public sera autorisé à rouvrir sa preuve. Le fait de permettre au ministère public de rouvrir sa preuve après que la défense a commencé à y répondre minerait le principe directeur interdisant l'auto-incrimination. L'arrêt *Robillard* de notre Cour, qui aborde de façon plus libérale le pouvoir discrétionnaire du juge du procès en matière de réouverture, même après la clôture de la preuve de la défense, doit être interprété restrictivement comme s'appliquant seulement aux situations où le ministère public cherche à rouvrir sa preuve pour corriger un vice de forme.

Il s'agit d'une affaire où il convient de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès de permettre au ministère public de rouvrir sa preuve. Non seulement la défense avait-elle commencé à répondre à la preuve du ministère public en annonçant son intention de citer des témoins, mais encore le nouveau témoignage de la mère a eu pour effet de changer la preuve à laquelle l'accusé s'était engagé à répondre. La réouverture de la preuve en l'espèce était contraire aux intérêts de la justice et causait un préjudice à l'accusé parce qu'elle portait atteinte indirectement au précepte fondamental de notre système de justice criminelle selon lequel un accusé ne doit pas être mobilisé contre lui-même. Il est inutile d'examiner si le juge du procès a commis une erreur en autorisant la modification de l'acte d'accusation.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin (dissidents): C'est à bon droit que le juge du procès a autorisé la réouverture de l'enquête ainsi que l'amendement de l'acte d'accusation. Ni l'un ni l'autre de ces incidents procéduraux n'a modifié la preuve que devait réfuter l'accusé, étant donné qu'il avait été informé, au moment de son arrestation, que la période pertinente pendant laquelle il aurait agressé sexuellement la plaignante était celle pendant laquelle il habitait dans la maison des parents de cette dernière, et qu'il n'avait donc pu subir un préjudice quelconque. Le juge du procès a un large pouvoir discrétionnaire de permettre la

ner which does not result in injustice or prejudice to the parties, should not be interfered with. Although in certain circumstances it may be more likely that prejudice will arise if the case is reopened later rather than earlier in the trial, this Court's decision in *Robillard* definitely eliminated the distinction between cases where the reopening is sought prior to and those where it is sought after the defence has started to answer the case against it, where no prejudice is demonstrated. Here there was no prejudice or denial of full answer and defence in depriving the defence of the opportunity of relying on an irrelevant detail, the dates of the offences, by allowing the Crown to submit fresh evidence which did not change the essential features of the case which the defence had to meet. The key to this flexibility is rooted in *B. (G.)*, where this Court recognized the difficulties of pinpointing the exact date of sexual assaults against children and the need to accommodate this difficulty in our criminal justice system. In light of the context of child sexual abuse and the difficulty that children have in determining exact dates and times of occurrences, courts must not unduly limit and complicate the trial judge's discretion to reopen the case with inordinate technicalities. Here there was no actual prejudice to the defence. While there must be great value placed on the right of an accused to silence and the presumption against self-incrimination, these rights have not been violated in this case.

Section 601 of the *Criminal Code* specifically confers on a trial judge the discretion to permit an amendment to the indictment in the absence of prejudice and codifies the common law rule that the date of an offence need not be proven unless it is an essential element of the offence. There is no vested right to a given alibi, and the availability of a particular defence is no bar to the application of s. 601, which was enacted to avoid having technicalities impair the truth-seeking function of the courts. The amendment sought by the Crown here was precisely for those reasons and fell squarely within the discretion of the trial judge, who was in the best position to assess whether or not the accused was or could be prejudiced by the amendment.

Per La Forest and McLachlin JJ. (dissenting): The trial judge did not err in allowing the Crown to reopen

réouverture de l'enquête et il n'y a pas lieu de s'immiscer dans l'exercice de ce pouvoir dans la mesure où il n'est pas exercé de manière à causer une injustice ou un préjudice aux parties. Bien qu'il se puisse que, dans certaines circonstances, la réouverture de l'enquête vers la fin du procès plutôt que vers le début risque davantage de causer un préjudice, l'arrêt *Robillard* de notre Cour a, dans le cas où aucun préjudice n'est établi, éliminé définitivement la distinction entre la demande de réouverture faite avant que la défense ait commencé à répondre à la preuve produite contre elle et celle faite après. En l'espèce, l'accusé n'a subi aucun préjudice ni été privé d'une défense pleine et entière du fait qu'on a omis de lui donner l'occasion de s'appuyer sur un détail non pertinent, les dates des infractions, en permettant au ministère public de produire de nouveaux éléments de preuve qui n'ont rien changé aux aspects essentiels de la preuve à laquelle la défense devait répondre. Cette flexibilité relève de l'arrêt *B. (G.)* où notre Cour a reconnu la difficulté de déterminer la date exacte d'agressions sexuelles commises contre des enfants et la nécessité de composer avec cette difficulté dans notre système de justice criminelle. Vu le contexte des abus sexuels dont sont victimes des enfants et la difficulté qu'éprouvent ces derniers à déterminer la date et l'heure exactes de ces incidents, les tribunaux ne doivent pas, par un formalisme excessif, limiter indûment le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de réouvrir la preuve, ni en compliquer l'exercice. En l'espèce, la défense n'a subi aucun préjudice réel. Bien qu'il faille attacher une grande importance au droit d'un accusé de garder le silence et à son droit de ne pas s'incriminer, il n'y a eu en l'espèce aucune violation de ces droits.

L'article 601 du *Code criminel* confère expressément au juge du procès le pouvoir discrétionnaire d'autoriser l'amendement d'un acte d'accusation, en l'absence de préjudice, et il codifie la règle de common law voulant que la date de l'infraction n'ait à être prouvée que si elle en constitue un élément essentiel. Il n'y a pas de droits acquis à un alibi donné et la possibilité de se prévaloir d'un moyen de défense donné n'est pas un obstacle à l'application de l'art. 601 qui a été adopté pour éviter que des formalités ne viennent entraver l'objectif de recherche de la vérité des tribunaux. C'est justement pour ces raisons que le ministère public a requis l'amendement ici en cause et que cette requête en amendement relevait directement du pouvoir discrétionnaire du juge du procès qui était le mieux placé pour déterminer si cet amendement portait préjudice à l'accusé ou était susceptible de le léser.

Les juges La Forest et McLachlin (dissidents): Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en permettant

its case and amend the indictment. While the later the stage at which an application to amend an indictment is made, the greater the chance for injustice to the accused, the discretion of the trial judge is to be exercised in the interests of justice — which would comprise consideration of both the interests of the accused and those of the public, including in the latter those of the victim. Here the interests of the accused were not prejudiced. The accused knew before the reopening of the case that the incident had taken place when he resided with his niece, and thus knew exactly the case he had to meet from the beginning. The difficulty of children pinpointing the exact time of incidents which have occurred several years before, but which they are able to define in terms of other contemporaneous matters, should be underlined.

au ministère public de rouvrir sa preuve et de modifier l'acte d'accusation. Bien que plus une demande de modification d'acte d'accusation est présentée à un stade avancé des procédures, plus l'accusé risque de subir une injustice, le juge de première instance doit exercer son pouvoir discrétionnaire dans l'intérêt de la justice — qui commande l'examen des droits de l'accusé et de ceux du public, y compris dans ce dernier cas ceux de la victime. Il n'y a pas eu en l'espèce d'atteinte aux droits de l'accusé. Celui-ci savait, avant la réouverture de l'enquête, que l'incident avait eu lieu pendant qu'il habitait avec sa nièce et il connaissait donc exactement, dès le départ, la preuve à laquelle il devait répondre. Il y a lieu de souligner que les enfants ont de la difficulté à établir la date exacte d'incidents qui se sont produits plusieurs années auparavant, mais qu'ils sont capables de les situer dans le temps en se reportant à d'autres événements contemporains.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Considered: *Robillard v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 728; **referred to:** *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *Re Regina and R.I.C.* (1986), 32 C.C.C. (3d) 399; *R. v. Kishen Singh* (1941), 76 C.C.C. 248; *R. v. Cachia* (1974), 17 C.C.C. (2d) 173; *R. v. Dunn*, [1970] 3 C.C.C. 424; *R. v. Champagne*, [1970] 2 C.C.C. 273; *Crawford v. The Queen* (1984), 43 C.R. (3d) 80; *Kissick v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 343; *R. v. Huluszkiw* (1962), 37 C.R. 386; *R. v. Assu* (1981), 64 C.C.C. (2d) 94; *R. v. Day* (1940), 27 Cr. App. R. 168; *R. v. Pilcher* (1974), 60 Cr. App. R. 1; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Nelson*, [1993] O.J. No. 1899 (QL).

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Vézina v. The Queen, [1986] 1 S.C.R. 2; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *Robillard v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 728; *R. v. Kishen Singh* (1941), 76 C.C.C. 248; *R. v. Huluszkiw* (1962), 37 C.R. 386; *R. v. Assu* (1981), 64 C.C.C. (2d) 94; *R. v. Champagne*, [1970] 2 C.C.C. 273; *Thatcher v. The Queen*, [1986] 2 W.W.R. 97, aff'd on other grounds, [1987] 1 S.C.R. 652; *R. v. Karens*, [1986] B.C.J. No. 2165 (QL); *Protection de la jeunesse — 449*, [1990] R.J.Q. 2367; *R. v. Scott* (1984), 79 Cr. App. R. 49; *R. v. Pilcher* (1974), 60 Cr. App. R. 1; *R. v. Dossi* (1918), 13 Cr. App. R. 158.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt examiné: *Robillard c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 728; **arrêts mentionnés:** *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *Re Regina and R.I.C.* (1986), 32 C.C.C. (3d) 399; *R. c. Kishen Singh* (1941), 76 C.C.C. 248; *R. c. Cachia* (1974), 17 C.C.C. (2d) 173; *R. c. Dunn*, [1970] 3 C.C.C. 424; *R. c. Champagne*, [1970] 2 C.C.C. 273; *Crawford c. The Queen* (1984), 43 C.R. (3d) 80; *Kissick c. The King*, [1952] 1 R.C.S. 343; *R. c. Huluszkiw* (1962), 37 C.R. 386; *R. c. Assu* (1981), 64 C.C.C. (2d) 94; *R. c. Day* (1940), 27 Cr. App. R. 168; *R. c. Pilcher* (1974), 60 Cr. App. R. 1; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Nelson*, [1993] O.J. No. 1899 (QL).

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

Vézina c. La Reine, [1986] 1 R.C.S. 2; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *Robillard c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 728; *R. c. Kishen Singh* (1941), 76 C.C.C. 248; *R. c. Huluszkiw* (1962), 37 C.R. 386; *R. c. Assu* (1981), 64 C.C.C. (2d) 94; *R. c. Champagne*, [1970] 2 C.C.C. 273; *Thatcher c. La Reine*, [1986] 2 W.W.R. 97, conf. pour d'autres motifs, [1987] 1 R.C.S. 652; *R. c. Karens*, [1986] B.C.J. No. 2165 (QL); *Protection de la jeunesse — 449*, [1990] R.J.Q. 2367; *R. c. Scott* (1984), 79 Cr. App. R. 49; *R. c. Pilcher* (1974), 60 Cr. App. R. 1; *R. c. Dossi* (1918), 13 Cr. App. R. 158.

By La Forest J. (dissenting)

R. v. B. (G.), [1990] 2 S.C.R. 30; *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(*c*), (*d*), 13.

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 146(1), 149(1) [rep. 1980-81-82-83, c. 125, s. 8], 529(4).

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 153(1), 601(2) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 123(1)], (4), (4.1) [ad. *idem*, s. 123(3)].

Authors Cited

Bala, Nicholas, and Martha Bailey. "Canada: Recognizing the Interests of Children" (1992-93), 31 *J. Fam. L.* 283.

Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. *Sexual Offences Against Children*, vol. 1. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.

Canada. Department of Justice, Research Section. *Sexual Assault Legislation in Canada: An Evaluation* (Report No. 5). Ottawa: Department of Justice Canada, 1990.

Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf).

Hor, Michael. "The Privilege against Self-Incrimination and Fairness to the Accused", [1993] *Singapore J. Legal Stud.* 35.

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf).

Paciocco, David M. *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*, Toronto: Carswell, 1987.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 9 O.R. (3d) 424, 72 C.C.C. (3d) 121, 13 C.R. (4th) 302, 54 O.A.C. 62, allowing the accused's appeal from his convictions for indecent assault and sexual intercourse with a female under the age of 14. Appeal dismissed, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

Gary T. Trotter, for the appellant.

Citée par le juge La Forest (dissident)

R. c. B. (G.), [1990] 2 R.C.S. 30; *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11*c*), *d*), 13.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 153(1), 601(2) [abr. & rempl. ch. 27 (1er suppl.), art. 123(1)], (4), (4.1) [aj. *idem*, art. 123(3)].

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 146(1), 149(1) [abr. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 8], 529(4).

Doctrine citée

Bala, Nicholas, and Martha Bailey. «Canada: Recognizing the Interests of Children» (1992-93), 31 *J. Fam. L.* 283.

Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. *Infractions sexuelles à l'égard des enfants*, vol. 1. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1984.

Canada. Ministère de la Justice, Section de la recherche. *La loi sur les agressions sexuelles au Canada, une évaluation* (rapport nº 5). Ottawa: Ministère de la Justice du Canada, 1990.

Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (feuilles mobiles).

Hor, Michael. «The Privilege against Self-Incrimination and Fairness to the Accused», [1993] *Singapore J. Legal Stud.* 35.

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (feuilles mobiles).

Paciocco, David M. *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*. Toronto: Carswell, 1987.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 9 O.R. (3d) 424, 72 C.C.C. (3d) 121, 13 C.R. (4th) 302, 54 O.A.C. 62, qui a accueilli l'appel de l'accusé contre ses déclarations de culpabilité relatives à des accusations d'attentat à la pudeur et de rapports sexuels avec une personne de sexe féminin âgée de moins de 14 ans. Pourvoi rejeté, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents.

Gary T. Trotter, pour l'appelante.

Julian N. Falconer and *Richard Macklin*, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

LAMER C.J. — This case raises the question of whether, in circumstances where the defence has started to answer the case against it by announcing that it will be calling evidence, it is an appropriate exercise of a trial judge's discretion to allow the Crown's case to be reopened in order to recall a witness so she can correct her earlier testimony.

I. Facts

The respondent was charged with indecent assault of his niece contrary to s. 149(1) (now repealed) and with having sexual intercourse with her when she was under the age of 14 years contrary to s. 146(1) (now s. 153(1)) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34.

The complainant was 16 years old at the time of the trial. She testified that the respondent had resided at her parents' home in the summer of 1982 for one or two months when she was eight years old and that, on one occasion, while her parents were away for a weekend with their van club, she was left alone in the care of the respondent. On both nights during the absence of her parents, the respondent sexually assaulted her while she was in bed. The complainant further testified that about one week before the "van club weekend", the respondent had sexually assaulted her while her mother was asleep. She described the last assault as having taken place a few months later, when the respondent was no longer staying at her parents' house and her aunt came to baby-sit.

The complainant, who first spoke of these sexual assaults in 1989 when she was 15 years old, initially reported that the sexual assaults had

Julian N. Falconer et *Richard Macklin*, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Il s'agit en l'espèce de déterminer si permettre au ministère public de rouvrir sa preuve afin de citer de nouveau un témoin pour qu'elle corrige son témoignage précédent constitue un exercice approprié du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, dans le cas où la défense a commencé à répondre à la preuve présentée contre elle en annonçant qu'elle va citer des témoins.

I. Les faits

L'intimé a été accusé d'avoir attenté à la pudeur de sa nièce, contrairement au par. 149(1) (maintenant abrogé), et d'avoir eu des rapports sexuels avec celle-ci alors qu'elle était âgée de moins de 14 ans, contrairement au par. 146(1) (maintenant le par. 153(1)) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34.

La plaignante était âgée de 16 ans au moment du procès. Elle a témoigné que l'intimé avait demeuré pendant un ou deux mois dans la maison de ses parents, au cours de l'été 1982, alors qu'elle était âgée de huit ans et qu'à un moment donné, pendant que ses parents étaient partis pour une fin de semaine avec leur club de fourgonnettes, elle était demeurée seule sous la garde de l'intimé. Au cours des deux nuits où ses parents étaient absents, l'intimé l'a agressée sexuellement pendant qu'elle était au lit. La plaignante a en outre témoigné qu'environ une semaine avant la «fin de semaine du club de fourgonnettes», l'intimé l'avait agressée sexuellement pendant que sa mère dormait. Elle a dit que la dernière agression avait eu lieu quelques mois plus tard, alors que l'intimé ne demeurait plus dans la maison de ses parents et que sa tante était venue la garder.

La plaignante qui a fait part de ces agressions sexuelles pour la première fois en 1989 alors qu'elle était âgée de 15 ans, a d'abord dit qu'elles

occurred in 1980. An information was drafted and the respondent was arrested on August 11, 1989. After being cautioned and given his right to counsel, the respondent made several inculpatory statements to the arresting officers. At the time of his arrest, the respondent was informed by the police that the incidents of which he was being accused had occurred when he was living at the complainant's house.

The information sworn on the day of the respondent's arrest described the period of the alleged assaults as being between January 1, 1980 and January 1, 1981. However, after the preliminary inquiry, the information was amended, on consent, to allege that the incidents had occurred between January 1, 1982 and January 1, 1983. At trial, the complainant testified that all the incidents had occurred in 1982, stating that she and her mother had gone through old photographs which had helped them determine the relevant time frame. The complainant's mother was also called by the Crown and she testified that the respondent had lived with the family for two months in the summer of 1982, and that the respondent had baby-sat her daughter during a van trip to Rochester, New York, in July of 1982.

The Crown closed its case and the trial was adjourned to accommodate the defence, which had not received disclosure of oral inculpatory statements made by the respondent to the police. Prior to adjourning, defence counsel stated in open court that he would be calling three witnesses, including an alibi witness, and the Crown indicated the defence's undertaking to provide him with the particulars of the alibi evidence.

When the trial resumed approximately five weeks later, the Crown applied to reopen its case and recall the complainant's mother with respect to new evidence pertaining to the dates of the offences. Over the defence's objection, he was permitted to do so. The mother testified that she had been mistaken as to the year in which the respon-

étaient survenues en 1980. Une dénonciation a été rédigée et l'intimé a été arrêté le 11 août 1989. Après qu'on lui eut fait une mise en garde et qu'on l'eut informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, l'intimé a fait plusieurs déclarations incriminantes aux policiers qui avaient procédé à son arrestation. Au moment de son arrestation, l'intimé a été informé par les policiers que les incidents qu'on lui reprochait s'étaient produits lorsqu'il vivait dans la maison de la plaignante.

La dénonciation faite sous serment le jour de l'arrestation de l'intimé précisait que les prétendues agressions étaient survenues entre le 1er janvier 1980 et le 1er janvier 1981. Toutefois, après l'enquête préliminaire, la dénonciation a été modifiée, avec le consentement des parties, de manière à alléguer que les incidents s'étaient produits entre le 1er janvier 1982 et le 1er janvier 1983. Au procès, la plaignante a témoigné que tous les incidents étaient survenus en 1982, affirmant que sa mère et elle avaient examiné d'anciennes photographies qui les avaient aidées à déterminer la période pertinente. La mère de la plaignante a également été citée par le ministère public et elle a témoigné que l'intimé avait vécu avec la famille pendant deux mois au cours de l'été 1982 et qu'il avait gardé sa fille pendant un voyage en fourgonnette à Rochester (New York) en juillet 1982.

Le ministère public a terminé sa preuve et le procès a été ajourné afin de satisfaire aux demandes de la défense qui n'avait pas obtenu la communication des déclarations incriminantes faites par l'intimé aux policiers. Avant l'ajournement, l'avocat de la défense a affirmé à l'audience qu'il citerait trois témoins, dont un pour étayer un alibi, et le ministère public a indiqué que la défense s'était engagée à lui fournir les détails de l'alibi.

À la reprise du procès, environ cinq semaines plus tard, le ministère public a demandé à rouvrir sa preuve et à citer de nouveau la mère de la plaignante relativement à de nouveaux éléments de preuve concernant les dates des infractions. Malgré l'opposition de la défense, il a été autorisé à le faire. La mère a témoigné qu'elle avait commis

dent stayed with the family, and that she now realized the proper time frame was the summer of 1983, not the summer of 1982. The alibi evidence was to have been that the respondent had been confined to a hospital during the relevant time period in the summer of 1982.

The Crown then moved to have the indictment amended to extend the period during which the sexual assaults were alleged to have occurred to include the year 1983. Over the defence's objection, leave to amend was granted and the time frame described in the indictment became January 1, 1982 to January 1, 1984. After a further adjournment, the respondent was called and he testified that he had lived with the complainant's family during the summer of 1983.

The respondent was found guilty of indecent assault and of having sexual intercourse with his niece when she was under the age of 14. The Court of Appeal, however, allowed the respondent's appeal, quashed the convictions and entered an acquittal: (1992), 9 O.R. (3d) 424, 72 C.C.C. (3d) 121, 13 C.R. (4th) 302, 54 O.A.C. 62. The Crown appeals to this Court only in respect of the acquittal entered on count two (the charge of sexual intercourse contrary to s. 146(1)), and not with respect to count one (the charge of indecent assault contrary to s. 149(1)). This is because the amendment to the indictment resulted in a time frame which extended beyond the point when s. 149(1) was still in force.

II. Judicial History

Ontario Court, General Division (DiSalle J.)

After hearing argument from both sides, the trial judge allowed the Crown to reopen its case in order to recall the complainant's mother with respect to new evidence pertaining to the dates in the indictment.

une erreur quant à l'année où l'intimé est demeuré avec la famille et qu'elle avait maintenant réalisé que la période pertinente était l'été 1983 et non l'été 1982. L'alibi aurait été que l'intimé avait été hospitalisé durant toute la période pertinente au cours de l'été 1982.

Le ministère public a alors demandé la modification de l'acte d'accusation afin de proroger la période pendant laquelle les agressions sexuelles auraient eu lieu de manière à comprendre l'année 1983. Malgré l'opposition de la défense, l'autorisation de modifier a été accordée et la période décrite dans l'acte d'accusation s'étend désormais du 1er janvier 1982 au 1er janvier 1984. Après un nouvel ajournement, l'intimé a été appelé à la barre et il a témoigné avoir vécu avec la famille de la plaignante au cours de l'été 1983.

L'intimé a été déclaré coupable d'attentat à la pudeur et d'avoir eu des rapports sexuels avec sa nièce alors qu'elle était âgée de moins de 14 ans. Toutefois, la Cour d'appel a accueilli l'appel de l'intimé, annulé les déclarations de culpabilité et inscrit un verdict d'acquittement: (1992), 9 O.R. (3d) 424, 72 C.C.C. (3d) 121, 13 C.R. (4th) 302, 54 O.A.C. 62. Le ministère public se pourvoit devant notre Cour seulement en ce qui concerne l'acquittement inscrit relativement au deuxième chef d'accusation (celui d'avoir eu des rapports sexuels contrairement au par. 146(1)) et non en ce qui concerne le premier chef d'accusation (celui d'attentat à la pudeur contrairement au par. 149(1)). Cela s'explique par le fait que la nouvelle période qui a résulté de la modification de l'acte d'accusation s'étendait au-delà de la date d'abrogation du par. 149(1).

II. Historique judiciaire

Cour de l'Ontario, Division générale (le juge DiSalle)

Après avoir entendu les arguments des deux parties, le juge du procès a permis au ministère public de rouvrir sa preuve pour citer de nouveau la mère de la plaignante relativement à de nouveaux éléments de preuve concernant les dates mentionnées dans l'acte d'accusation.

With respect to the Crown's subsequent application for amending the indictment, the trial judge relied on the principles established in *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30, and stated that "there is always difficulty of pinpointing the exact date because of the age of these complainants in trying to remember the time", and that

> ... the incidences are not changed, we are talking here of people trying to recall a certain date by certain events and the young complainant related it to the van trip. Somebody has made a mistake in the summer of the van trip. I do not believe that this will prejudice the accused in amending that date.

In finding the respondent guilty of the offences charged, the trial judge concluded that:

> Although the evidence of the complainant was confusing as to the actual dates, I find that her evidence related to the time and place that the accused lived there....
>
> I accept the complainant's evidence as to the time and place and I accept Mrs. P.'s evidence as to the time and place and her method of recalling it as she thought about it and found pictures and related to that time period.
>
> I further accept Constable Rollin's evidence that she related to the accused that the alleged offences took place at 26 Bay Road and during the time the accused lived there.

Court of Appeal for Ontario (1992), 9 O.R. (3d) 424 (Finlayson J.A. for the court)

Although the appeal before the Court of Appeal concerned only the trial judge's ruling permitting the Crown to amend the indictment, Finlayson J.A. also considered the propriety of allowing the Crown to reopen its case in the circumstances. He observed that it was only in view of the evidence of alibi that it became necessary for the Crown to reopen its case so that it could adduce fresh evidence which made the alibi irrelevant. He held that the Crown should not have been permitted to reopen its case. The trial judge should have heard the alibi evidence and decided the case as the Crown

Quant à la demande de modification de l'acte d'accusation présentée subséquemment par le ministère public, le juge du procès s'est fondé sur les principes établis dans l'arrêt *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30, pour affirmer qu'[TRADUCTION] «il est toujours difficile de déterminer la date exacte en raison de l'âge des plaignantes qui tentent de s'en souvenir», et que

> [TRADUCTION] ... les incidences n'ont pas changé, il s'agit ici de personnes qui tentent de se rappeler d'une certaine date au moyen de certains événements et la jeune plaignante l'a associée au voyage en fourgonnette. Quelqu'un a commis une erreur au cours de l'été du voyage en fourgonnette. Je ne crois pas que la modification de la date causera un préjudice à l'accusé.

En déclarant l'intimé coupable des infractions reprochées, le juge du procès a conclu que:

> [TRADUCTION] Bien que le témoignage de la plaignante porte à confusion quant aux dates réelles, je suis d'avis que son témoignage se rapporte au moment et au lieu où l'accusé a vécu là ...
>
> J'accepte le témoignage de la plaignante quant à la date et au lieu et j'accepte le témoignage de Mme P. quant à la date et au lieu ainsi que sa façon de s'en rappeler car elle y a pensé et a trouvé des photographies et a fait le lien avec cette période.
>
> J'accepte en outre le témoignage de l'agent Rollin selon lequel elle a raconté à l'accusé que les prétendues infractions avaient eu lieu au 26, chemin Bay et pendant que l'accusé y habitait.

Cour d'appel de l'Ontario (1992), 9 O.R. (3d) 424 (le juge Finlayson au nom de la cour)

Bien que l'appel interjeté devant la Cour d'appel n'ait porté que sur la décision du juge du procès de permettre au ministère public de modifier l'acte d'accusation, le juge Finlayson a également examiné l'opportunité de permettre au ministère public de rouvrir sa preuve dans les circonstances. Il a fait remarquer que ce n'était qu'en raison de l'alibi fourni qu'il était devenu nécessaire pour le ministère public de rouvrir sa preuve pour présenter de nouveaux éléments de preuve destinés à rendre l'alibi non pertinent. Il a conclu que le ministère public n'aurait pas dû être autorisé à rouvrir sa preuve. Le juge du procès aurait dû entendre l'alibi et rendre une décision sur la preuve telle que for-

had defined it. Finlayson J.A. explained (at pp. 431-32):

I do not wish to place this opinion on too narrow a basis. My objections are to the reopening of the Crown's case and to the amendment of the indictment. My reasons in both cases relate to prejudice. I do not see how the Crown can be permitted to recast its case when faced with an alibi, the accuracy of which it was not prepared to dispute. The defence went into a trial where the Crown had originally alleged offences in the year 1980. The year was changed to 1982. The [respondent's] defence was a denial bolstered by an alibi which the defence could establish independently of the [respondent's] evidence. Consequently, once the time frame was changed to include the year 1983, an adjournment could not have assisted the [respondent]. He had lost the ability to put forward an independent assertion of his innocence to the charge as contained in the indictment. In charges of sexual assault against very young children, the accused is often reduced to his own denial as a defence. The loss of an independent alibi is, therefore, a very serious loss indeed.

mulée par le ministère public. Le juge Finlayson explique, aux pp. 431 et 432:

[TRADUCTION] Je ne veux pas fonder la présente opinion sur une base trop étroite. Mes objections portent sur la réouverture de la preuve du ministère public et sur la modification de l'acte d'accusation. Mes motifs dans les deux cas ont trait au préjudice causé. Je ne vois pas comment on peut permettre au ministère public de remanier sa preuve devant un alibi dont il n'est pas prêt à contester l'exactitude. La défense s'est engagée dans un procès où le ministère public avait initialement allégué que des infractions avaient été commises en 1980. L'année a été changée pour 1982. Le moyen de défense [de l'intimé] consistait en une négation de culpabilité étayée par un alibi dont la défense pouvait établir l'existence indépendamment du témoignage [de l'intimé]. Par conséquent, une fois que la période visée eut été modifiée de manière à comprendre l'année 1983, l'ajournement n'aurait pas pu aider [l'intimé]. Il avait perdu la possibilité d'affirmer son innocence de façon indépendante relativement au chef contenu dans l'acte d'accusation. Dans les accusations d'agression sexuelle contre de très jeunes enfants, le seul moyen de défense que peut faire valoir l'accusé consiste souvent à nier lui-même sa culpabilité. Par conséquent, la perte d'un alibi indépendant constitue véritablement une perte très grave.

On the amendment issue, Finlayson J.A. noted that prejudice to the accused is provided for in s. 529(4) (now s. 601(4)) of the *Criminal Code*. He stated that in *B. (G.)*, *supra*, the Supreme Court of Canada recognized that the availability of an alibi is a significant consideration in assessing prejudice to an accused. He relied on the conclusion in *B. (G.)* (at p. 53) that, " [i]f the time of the offence cannot be determined and time is an essential element of the offence or crucial to the defence, a conviction cannot be sustained", to find the year in which the offences were alleged to have occurred as being crucial to the defence. He stated (at p. 433) that "[t]he defence was positioned to respond to the case as pleaded and led by the Crown. Accordingly, in my opinion, the prejudice to the [respondent] arising from the amendment to the

Quant à la question de la modification, le juge Finlayson a fait remarquer que le préjudice causé à un accusé est visé au par. 529(4) (maintenant le par. 601(4)) du *Code criminel*. Il a dit que, dans l'arrêt *B. (G.)*, précité, la Cour suprême du Canada a reconnu que la possibilité de fournir un alibi est une considération importante pour évaluer le préjudice causé à un accusé. Il s'est fondé sur la conclusion énoncée à la p. 53 de l'arrêt *B. (G.)*, selon laquelle «[s]i le moment de l'infraction ne peut être déterminé et qu'il constitue un élément essentiel de l'infraction ou un élément crucial pour la défense, une déclaration de culpabilité ne peut être maintenue», pour conclure que l'année au cours de laquelle les infractions auraient été commises était un élément crucial pour la défense. Il a dit, à la p. 433, que [TRADUCTION] «[l]a défense était en mesure de répondre à la preuve produite par le ministère public. Par conséquent, j'estime que le préjudice causé à l'[intimé] par la modification de l'acte d'accusation était absolu et que le juge du

indictment was total, and the learned trial judge was in error in granting the amendment".

Finlayson J.A was of the view that the respondent was denied a significant procedural safeguard in that the case against him was materially changed to an altogether different case after he had announced his defence and the Crown had closed its case. He suggested that amendments during a trial should not be encouraged because they usually work to the prejudice of the accused. He concluded that the conviction could not stand, and accordingly allowed the appeal, quashed the conviction and entered an acquittal.

III. Points in Issue

1. Did the Court of Appeal for Ontario err in determining that the trial judge had erred in permitting the Crown to reopen its case?

2. Did the Court of Appeal for Ontario err in concluding that the trial judge had erred in permitting the Crown to amend the indictment?

IV. Analysis

Introduction

This case is, fundamentally, about the reopening of the Crown's case and not about the amendment to the indictment. I am not convinced that the respondent suffered any irreparable prejudice by the mere fact of the amendment to the dates specified in the indictment. However, the respondent was prejudiced by the trial judge's decision to allow the Crown's case to be reopened after the respondent had begun to answer the case against him by revealing that he would be calling three witnesses. Therefore, I am satisfied that the trial judge committed a reversible error at the reopening stage, before the Crown moved to amend the indictment.

procès a commis une erreur en autorisant la modification».

Le juge Finlayson était d'avis qu'une garantie procédurale importante avait été refusée à l'intimé parce que la preuve présentée contre lui avait été transformée sensiblement en une preuve entièrement différente après qu'il eut annoncé le moyen de défense qu'il allait invoquer et que le ministère public eut terminé sa preuve. Il a dit qu'il n'y avait pas lieu d'encourager les modifications au cours d'un procès parce qu'elles causaient habituellement un préjudice à l'accusé. Il a conclu que la déclaration de culpabilité ne pouvait être maintenue et, par conséquent, il a accueilli l'appel, annulé la déclaration de culpabilité et inscrit un verdict d'acquittement.

III. Questions en litige

1. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en décidant que le juge du procès avait commis une erreur en permettant au ministère public de rouvrir sa preuve?

2. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en concluant que le juge du procès avait commis une erreur en permettant au ministère public de modifier l'acte d'accusation?

IV. Analyse

Introduction

La présente affaire porte essentiellement sur la réouverture de la preuve du ministère public et non sur la modification de l'acte d'accusation. Je ne suis pas convaincu que l'intimé a subi un préjudice irréparable du simple fait qu'on a modifié les dates précisées dans l'acte d'accusation. Toutefois, l'intimé a subi un préjudice à cause de la décision du juge du procès de permettre au ministère public de rouvrir sa preuve après que l'intimé eut commencé à répondre à la preuve présentée contre lui en révélant qu'il citerait trois témoins. Par conséquent, je suis convaincu que le juge du procès a commis une erreur justifiant une annulation à l'étape de la réouverture de la preuve, avant que le ministère public demande la modification de l'acte d'accusation.

The reason it was not the amendment in itself but the reopening which created the injustice is that, on the facts as found by the trial judge, the respondent knew what was alleged against him from the outset. He had been made aware at the time of his arrest that the relevant period during which he was alleged to have sexually assaulted the complainant was when he was living at her parents' house. I am inclined to think that, up until the point when the Crown closed its case, the dates in the indictment could have been amended so as to make them conform with the period during which the respondent was living with the complainant's family. In this regard, I would simply note that courts, including this one, have accepted that, in cases involving offences and particularly sexual offences against young children, absolute precision with respect to the timing of an alleged offence will often be unrealistic and unnecessary: *B. (G.)*, *supra*, at p. 53; also see *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, at pp. 132-34, and *Re Regina and R.I.C.* (1986), 32 C.C.C. (3d) 399 (Ont. C.A.), at p. 403.

La raison pour laquelle ce n'est pas la modification elle-même mais la réouverture de la preuve qui a créé l'injustice c'est que, d'après les faits constatés par le juge du procès, l'intimé savait depuis le début ce qui lui était reproché. Il avait été informé, au moment de son arrestation, que la période pertinente pendant laquelle il aurait agressé sexuellement la plaignante était celle pendant laquelle il habitait dans la maison des parents de cette dernière. Je suis porté à croire que, jusqu'au moment où le ministère public a terminé sa preuve, les dates inscrites dans l'acte d'accusation auraient pu être modifiées de manière à correspondre à la période au cours de laquelle l'intimé a vécu avec la famille de la plaignante. À cet égard, je ferais simplement remarquer que les tribunaux, y compris notre Cour, ont admis que, dans les affaires où il est question d'infractions et particulièrement d'infractions de nature sexuelle contre de jeunes enfants, une précision absolue quant au moment où l'infraction aurait été commise est souvent irréaliste et inutile: *B. (G.)*, précité, à la p. 53; voir également *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, aux pp. 132 à 134, et *Re Regina and R.I.C.* (1986), 32 C.C.C. (3d) 399 (C.A. Ont.), à la p. 403.

The fact that an accused may have an alibi for the period (or part of the period) described in an indictment does not necessarily or automatically "freeze" the dates specified in that indictment. That is to say, there is no vested right to a given alibi. Alibi evidence must respond to the case as presented by the Crown, and not the other way around. Section 601(4) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (formerly s. 529(4)), directs a trial judge to consider certain factors in deciding whether to allow an indictment to be amended, including whether an accused has been misled or prejudiced and whether an injustice might result. It reads as follows:

Le fait qu'un accusé puisse avoir un alibi pour la période (ou une partie de la période) décrite dans un acte d'accusation ne «gèle» pas nécessairement ni automatiquement les dates précisées dans cet acte d'accusation. Autrement dit, il n'y a pas de droits acquis à un alibi donné. Un alibi doit être fourni en réponse à la preuve présentée par le ministère public et non l'inverse. Le paragraphe 601(4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (auparavant le par. 529(4)), exige du juge du procès qu'il tienne compte de certains facteurs pour décider s'il doit autoriser la modification d'un acte d'accusation, dont la question de savoir si un accusé a été induit en erreur ou lésé ou si une injustice pourrait résulter. En voici le texte:

601. . . .

(4) The court shall, in considering whether or not an amendment should be made to the indictment or a count thereof under subsection (3), consider

(*a*) the matters disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry;

601. . . .

(4) Le tribunal examine, en considérant si une modification devrait ou ne devrait pas être faite:

a) les faits révélés par la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire;

(*b*) the evidence taken on the trial, if any;

(*c*) the circumstances of the case;

(*d*) whether the accused has been misled or prejudiced in his defence by any variance, error or omission mentioned in subsection (2) or (3); and

(*e*) whether, having regard to the merits of the case, the proposed amendment can be made without injustice being done.

Nowhere does s. 601(4) say that inability to rely on a particular defence is co-extensive with irreparable "prejudice" or "injustice", and nor can this be inferred from the language of the provision. Rather, such matters are properly left to the trial judge to consider in the particular circumstances of a case.

In any event, this appeal can be disposed of on the basis that the reopening of the Crown's case was in error, without considering the issue of amendment. At the point when the Crown moved to reopen its case, there was no basis in the evidence for the Crown to apply for an amendment. The indictment conformed with the evidence which, up to that point, had been that the alleged sexual assaults had occurred in July of 1982. The reopening of the Crown's case to recall the complainant's mother and have her correct her earlier testimony as to dates was, therefore, a condition precedent to the amendment which the Crown subsequently sought. I have concluded that, given the advanced stage reached in the proceedings, the Crown should not have been allowed to reopen its case in order to justify the subsequent amendment to the indictment.

The Principles Governing Reopening

The keystone principle in determining whether the Crown should be allowed to reopen its case has always been whether the accused will suffer prejudice in the legal sense — that is, will be prejudiced in his or her defence. A trial judge's exercise of discretion to permit the Crown's case to be reopened must be exercised judicially and

b) la preuve recueillie lors du procès, s'il en est;

c) les circonstances de l'espèce;

d) la question de savoir si l'accusé a été induit en erreur ou lésé dans sa défense par une divergence, erreur ou omission mentionnée au paragraphe (2) ou (3); et

e) la question de savoir si, eu égard au fond de la cause, la modification projetée peut être apportée sans qu'une injustice soit commise.

Le paragraphe 601(4) ne prévoit nullement que l'incapacité d'invoquer un moyen de défense particulier constitue un «préjudice» ou une «injustice» irréparable, et cela ne peut pas non plus se déduire du texte de la disposition. Il convient plutôt de laisser au juge du procès le soin d'examiner ces questions en fonction des circonstances particulières d'une affaire.

De toute façon, il est possible de statuer sur le présent pourvoi en tenant pour acquis que la réouverture de la preuve du ministère public constituait une erreur, indépendamment de la question de la modification. Au moment où le ministère public a demandé la réouverture de sa preuve, rien dans la preuve ne justifiait le ministère public de demander une modification. L'acte d'accusation était conforme à la preuve qui, jusqu'à ce moment, voulait que les prétendues agressions sexuelles aient été commises en juillet 1982. La réouverture de la preuve du ministère public afin de citer de nouveau la mère de la plaignante pour qu'elle corrige son témoignage antérieur concernant les dates était donc une condition préalable à la modification que le ministère public a demandée par la suite. J'ai conclu qu'en raison du stade avancé des procédures le ministère public n'aurait pas dû être autorisé à rouvrir sa preuve pour justifier la modification subséquente de l'acte d'accusation.

Les principes régissant la réouverture de la preuve

Le principe fondamental qui s'applique pour déterminer si le ministère public devrait être autorisé à rouvrir sa preuve a toujours été de savoir si l'accusé subirait un préjudice au sens juridique, c.-à-d. s'il serait lésé dans sa défense. Le pouvoir discrétionnaire du juge du procès d'autoriser la réouverture de la preuve du ministère public doit

should be based on ensuring that the interests of justice are served.

Traditionally, courts in Canada and in England have treated the stage reached in a proceeding as correlative to prejudice and injustice to the accused. That is, a court's discretion with respect to reopening will be exercised less readily as the trial proceeds. The point is illustrated by taking the following three stages in a trial:

(1) before the Crown closes its case,

(2) immediately after the Crown closes its case but before the defence elects whether or not to call evidence (most commonly, this is where the defence has moved for a directed verdict of acquittal for failure by the Crown to prove some essential ingredient of its case), and

(3) after the defence has started to answer the case against it by disclosing whether or not it will be calling evidence.

In the first phase, before the Crown has closed its case, a trial judge has considerable latitude in exercising his or her discretion to allow the Crown to recall a witness so that his or her earlier testimony can be corrected. Any prejudice to the accused can generally be cured at this early stage by an adjournment, cross-examination of the recalled witness and other Crown witnesses and/or a review by the trial judge of the record in order to determine whether certain portions should be struck.

Once the Crown actually closes its case and the second phase in the proceeding is reached, the trial judge's discretion to allow a reopening will narrow and the corresponding burden on the Crown to satisfy the court that there are no unfair consequences will heighten. The test to be applied by the trial judge is generally understood to be that reopening

être exercé judiciairement et avoir pour objet d'assurer qu'il est dans l'intérêt de la justice de le faire.

Traditionnellement, les tribunaux au Canada et en Angleterre ont considéré qu'il y a une corrélation entre le stade auquel sont rendues les procédures et le préjudice et l'injustice que subit l'accusé. Autrement dit, le pouvoir discrétionnaire d'un tribunal d'autoriser la réouverture de la preuve sera exercé moins volontiers à mesure que le procès avance. Ce point est illustré par les trois étapes suivantes d'un procès:

(1) avant que le ministère public termine sa preuve,

(2) immédiatement après que le ministère public a terminé sa preuve mais avant que la défense choisisse de produire une preuve (habituellement, c'est le moment où la défense demande un verdict imposé d'acquittement pour le motif que le ministère public n'a pas établi l'existence d'un élément essentiel quelconque de sa preuve), et

(3) après que la défense a commencé à répondre à la preuve présentée contre elle en révélant si elle va citer ou non des témoins.

Lors de la première étape, avant que le ministère public ait terminé sa preuve, le juge du procès jouit d'une grande latitude dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de permettre au ministère public de citer de nouveau un témoin pour qu'il corrige son témoignage antérieur. Tout préjudice causé à l'accusé peut généralement être réparé à ce premier stade par un ajournement, le contre-interrogatoire du témoin cité de nouveau et d'autres témoins à charge, et un examen du dossier par le juge du procès afin de déterminer si certaines parties devraient être retranchées, ou l'une ou l'autre de ces possibilités.

Lorsque le ministère public termine réellement sa preuve et qu'on arrive à la deuxième étape de l'instance, le pouvoir discrétionnaire du juge du procès d'autoriser une réouverture de la preuve diminue et le fardeau correspondant qu'a le ministère public de convaincre la cour qu'il n'y aura pas de conséquences inéquitables s'alourdit. Le critère

is to be permitted to correct some oversight or inadvertent omission by the Crown in the presentation of its case, provided of course that justice requires it and there will be no prejudice to the defence.

Lastly, in the third phase after the Crown has closed its case and the defence has started to answer the case against it (or, as in much of the case law, the defence has actually closed its case), a court's discretion is very restricted and is far less likely to be exercised in favour of the Crown. It will only be in the narrowest of circumstances that the Crown will be permitted to reopen its case. Traditionally, an *ex improviso* limitation was said to apply to this stage of the proceeding; that is, the Crown was only allowed to reopen if some matter arose which no human ingenuity could have foreseen. At this late stage, the question of what "justice" requires will be directed much more to protecting the interests of the accused than to serving the often wider societal interests represented by the Crown, the latter being a more pressing consideration at the first and, to a lesser extent, the second phase.

The classic Canadian authority which drew this temporal distinction in the principles which were to govern reopening was *R. v. Kishen Singh* (1941), 76 C.C.C. 248 (B.C.C.A.). There, the Crown inadvertently omitted to prove a proclamation bringing into force the statute constituting the offence. At the close of the Crown's case, the defence moved for a directed verdict. The trial judge dismissed the motion and allowed the Crown to reopen its case to allow the proclamation to be proved. No evidence was called by the defence and the jury found the accused guilty.

que doit appliquer le juge du procès est généralement considéré comme celui selon lequel on doit permettre de rouvrir la preuve pour remédier à un oubli ou à une omission par inadvertance du ministère public dans la présentation de sa preuve, pourvu naturellement que la justice l'exige et que la défense ne soit pas lésée.

Finalement, lors de la troisième étape, après que le ministère public a terminé sa preuve et que la défense a commencé à y répondre (ou, comme dans une bonne partie de la jurisprudence, lorsque la défense a, en fait, terminé sa preuve), le pouvoir discrétionnaire d'une cour est très limité et il est beaucoup moins susceptible d'être exercé en faveur du ministère public. C'est seulement dans des circonstances très particulières que le ministère public sera autorisé à rouvrir sa preuve. Traditionnellement, on disait qu'une exception du fait qui survient à l'improviste s'appliquait à ce stade des procédures, c'est-à-dire que le ministère public n'était autorisé à rouvrir sa preuve que s'il survenait un fait qu'aucun esprit humain n'aurait pu prévoir. À ce dernier stade, la question de savoir ce que la «justice» exige sera beaucoup plus axée sur la protection des intérêts de l'accusé que sur la promotion des intérêts sociaux souvent plus larges que représente le ministère public, cette dernière considération étant plus importante lors de la première et, dans une certaine mesure, de la deuxième phase.

Au Canada, l'arrêt *R. c. Kishen Singh* (1941), 76 C.C.C. 248 (C.A.C.-B.) constitue le précédent classique qui a établi cette distinction de nature temporelle relativement aux principes qui devaient régir la réouverture de la preuve. Dans cette affaire, le ministère public a, par inadvertance, omis d'établir l'existence d'une proclamation d'entrée en vigueur de la loi qui créait l'infraction. À la fin de la présentation de la preuve du ministère public, la défense a demandé un verdict imposé. Le juge du procès a rejeté la requête et il a autorisé le ministère public à rouvrir sa preuve pour permettre d'établir l'existence de la proclamation. La défense n'a présenté aucun élément de preuve et le jury a déclaré l'accusé coupable.

The majority of the Court of Appeal in *Kishen Singh* refused to interfere with the trial judge's exercise of discretion and dismissed the appeal on the ground that the accused had suffered no prejudice. Macdonald C.J.B.C., however, insisted that the decision should be confined to the facts before the court, noting that the case did not deal with an application to reopen after the conclusion of the whole case or after the defence was closed. In his concurring judgment, Sloan J.A. explained at p. 251:

> That discretion [to reopen] when exercised before the accused has entered upon his defence is subject to the limitation that its exercise must be in the interests of justice and the accused be not prejudiced thereby. When at a later stage of the case, that is to say, after the defence has given its evidence, then as was held by this Court in *R.* v. *Marsh*, [1941] 1 D.L.R. 431 . . ., following *R.* v. *Day* (1940), 27 Cr. App. R. 168, the discretion ought not to be exercised except in a case where some matter arises *ex improviso* which no human ingenuity could have foreseen.

While the strict *ex improviso* limitation imposed on reopening after the defence had closed its case may, as such, no longer apply (see *Robillard v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 728), I view it to be self-evident that a court's discretion to permit the Crown's case to be reopened where an accused has started to meet the case against him or her must be severely curtailed.

While I do not propose to provide an exhaustive review of the jurisprudence in the area, I believe that the authorities on reopening show clearly that courts have always attached great significance to the stage reached in the proceeding, drawing a particularly sharp distinction between the point at which the Crown has closed its case and the defence has simply moved for a directed verdict (the second phase described above), and the point at which the defence has closed its case (the third phase). A few examples serve to illustrate this point.

La Cour d'appel, à la majorité, dans l'arrêt *Kishen Singh* a refusé de modifier l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès et a rejeté l'appel pour le motif que l'accusé n'avait subi aucun préjudice. Toutefois, le juge en chef Macdonald de la Colombie-Britannique a affirmé que la décision devait être limitée aux faits soumis à la cour, soulignant qu'il n'était pas question d'une demande de réouverture après la conclusion de toute l'affaire ou après la clôture de la preuve de la défense. Dans ses motifs concordants, le juge Sloan explique, à la p. 251:

> [TRADUCTION] Ce pouvoir discrétionnaire [de rouvrir la preuve], lorsqu'il est exercé avant que l'accusé n'ait entamé sa défense, est assujetti à la restriction que son exercice soit dans l'intérêt de la justice et ne lèse pas l'accusé. À une étape ultérieure de l'affaire, c.-à-d., après la présentation de la preuve de la défense, alors comme notre Cour l'a conclu dans l'arrêt *R.* c. *Marsh*, [1941] 1 D.L.R. 431 [. . .], qui a suivi l'arrêt *R.* c. *Day* (1940), 27 Cr. App. R. 168, le pouvoir discrétionnaire ne devrait pas être exercé sauf dans le cas où un fait, qu'aucun esprit humain n'aurait pu prévoir, survient à l'improviste.

Bien qu'il se puisse que l'exception stricte du fait qui survient à l'improviste, applicable à la réouverture de la preuve après que la défense a terminé sa preuve, ne s'applique plus comme telle (voir *Robillard c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 728), je considère qu'il est évident en soi que le pouvoir discrétionnaire qu'a un tribunal d'autoriser le ministère public à rouvrir sa preuve lorsqu'un accusé a commencé à répondre à la preuve présentée contre lui doit être sensiblement restreint.

Bien que je ne compte pas procéder à un examen approfondi de la jurisprudence en la matière, je crois que les précédents sur la réouverture de la preuve démontrent clairement que les tribunaux ont toujours accordé une grande importance à l'étape où sont rendues les procédures, établissant une distinction particulièrement nette entre le moment où le ministère public a terminé sa preuve et où la défense a simplement demandé un verdict imposé (la deuxième étape décrite précédemment), et celui où la défense a terminé sa preuve (la troisième étape). Quelques exemples servent à illustrer ce point.

In *R. v. Cachia* (1974), 17 C.C.C. (2d) 173 (Ont. H.C.), the accused was charged with resisting a peace officer on July 24. In giving their evidence in chief, the Crown witnesses related the incident to July 23. After the Crown closed its case, the defence moved for dismissal. The trial judge allowed the Crown witnesses to be recalled and to correct their error as to the date. The accused was convicted. In dismissing the appeal, Grant J. applied the rule that, when the Crown at the conclusion of its case has inadvertently failed to prove a necessary ingredient of the offence charged, a court has the discretion, so long as justice requires it, to permit the case to be reopened to enable the Crown to supply the necessary proof. In *obiter*, however, Grant J. twice underlined the fact that his conclusion would be different if the defence had elected to call no evidence, closed its case and then moved for a dismissal of the charge (at p. 175).

Dans l'affaire *R. c. Cachia* (1974), 17 C.C.C. (2d) 173 (H.C. Ont.), on reprochait à l'accusé d'avoir résisté à un agent de la paix le 24 juillet. Au cours de leur témoignage en interrogatoire principal, les témoins à charge ont associé l'incident au 23 juillet. Après que le ministère public eut terminé sa preuve, la défense a demandé le rejet de l'action. Le juge du procès a permis au ministère public de citer de nouveau ses témoins pour qu'ils corrigent leur erreur quant à la date. L'accusé a été déclaré coupable. Lorsqu'il a rejeté l'appel, le juge Grant a appliqué la règle voulant que, lorsqu'à la conclusion de sa preuve le ministère public a omis par inadvertance d'établir l'existence d'un élément nécessaire de l'infraction reprochée, il soit loisible au tribunal, dans la mesure où la justice l'exige, d'autoriser la réouverture de la preuve pour permettre au ministère public de fournir les éléments de preuve nécessaires. Toutefois, dans une opinion incidente, le juge Grant a souligné à deux reprises que sa conclusion serait différente si la défense avait choisi de ne produire aucun élément de preuve, si elle avait terminé sa preuve et avait alors demandé un rejet de l'accusation (à la p. 175).

The significance of the *caveat* in *Cachia* becomes clearer when one considers *R. v. Dunn*, [1970] 3 C.C.C. 424 (B.C.S.C.), which also involved a mistake as to dates. In that case, the information alleged that the offence of failing to remain at the scene of an accident had occurred "on or about the 16th day of March". However, the Crown asked two of its witnesses to relay what had happened on the "16th of May", and the witnesses, not noticing the Crown's mistake, related the events of March 16. After the Crown closed its case, the accused elected not to call any evidence and moved for a dismissal of the charge on the ground of insufficient evidence to support a conviction for the offence alleged. The magistrate, however, granted leave to the Crown to reopen its case and recall the two witnesses (both of whom had been in the courtroom and heard the argument as to dates) to correct the mistake. The defendant was convicted. In quashing the conviction on the basis that the magistrate had erred in law in per-

L'importance de la réserve exprimée dans la décision *Cachia* devient plus évidente lorsqu'on examine la décision *R. c. Dunn*, [1970] 3 C.C.C. 424 (C.S.C.-B.), où il était également question d'une erreur de dates. Dans cette affaire, la dénonciation précisait que l'infraction consistant à ne pas être resté sur les lieux d'un accident avait été commise [TRADUCTION] «le 16 mars ou vers cette date». Toutefois, le ministère public a demandé à deux de ses témoins de raconter ce qui s'était produit le «16 mai» et les témoins qui n'ont pas remarqué l'erreur du ministère public ont relaté les événements du 16 mars. Après que le ministère public eut terminé la présentation de sa preuve, l'accusé a choisi de ne pas produire de preuve et a demandé le rejet de l'accusation pour cause de preuve insuffisante pour justifier une déclaration de culpabilité relative à l'infraction reprochée. Le juge a cependant autorisé le ministère public à rouvrir sa preuve et à citer de nouveau les deux témoins (qui avaient tous deux été présents dans la salle d'audience et avaient entendus l'argumentation relative aux dates) pour corriger l'erreur. Le

mitting the Crown to reopen, Munroe J. stated (at pp. 425-26):

It is settled law ... that a Court has a discretion — which must be exercised judicially — to allow the Crown to reopen its case in appropriate circumstances and that such discretion ought to be exercised in favour of the Crown where, through inadvertence, the Crown has failed to prove an essential ingredient of the crime charged, provided that justice requires it and that there will be no prejudice to the defence ..., but no authority was cited to me, and I know of none, which supports the proposition that after the Crown has called evidence to prove that the crime alleged in the information occurred on a certain date, it should be allowed, after the defence has closed its case and made a submission, to reopen its case for the purpose of recalling a witness to change his testimony upon a vital point. [Emphasis added.]

Notwithstanding the importance which has historically attached to the stage reached in the trial proceeding and the fact that a court's discretion to permit the Crown's case to be reopened is highly restricted once the defence starts to answer the case against it, it is true that the strict *ex improviso* rule is no longer applied in Canada. However, the circumstances in which the Crown may be allowed to reopen at this stage are very narrow. The two most common examples are where

(1) the conduct of the defence has either directly or indirectly contributed to the Crown's failure to adduce certain evidence before closing its case: *R. v. Champagne*, [1970] 2 C.C.C. 273 (B.C.C.A.); *Crawford v. The Queen* (1984), 43 C.R. (3d) 80 (Ont. Co. Ct.); and

(2) the Crown's omission or mistake was over a non-controversial issue to do with purely formal procedural or technical matters, having nothing to do with the substance or merits of a case: *Kissick v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 343; *Robillard*, *supra*; *Champagne*, *supra*; *R. v.*

défendeur a été déclaré coupable. En annulant la déclaration de culpabilité pour le motif que le juge avait commis une erreur de droit en permettant au ministère public de rouvrir sa preuve, le juge Munroe affirme, aux pp. 425 et 426:

[TRADUCTION] Il est bien établi en droit [...] qu'un tribunal a le pouvoir discrétionnaire — qui doit être exercé judiciairement — de permettre au ministère public de rouvrir sa preuve dans les circonstances appropriées et qu'un tel pouvoir discrétionnaire devrait être exercé en faveur du ministère public lorsque celui-ci a omis par inadvertance d'établir l'existence d'un élément essentiel du crime reproché, pourvu que la justice l'exige et que la défense ne soit pas lésée [...], mais on ne m'a cité aucun précédent, et je n'en connais aucun, qui appuie la proposition selon laquelle il devrait être permis au ministère public, après qu'il a produit une preuve pour établir que le crime allégué dans la dénonciation s'est produit à une certaine date et après la clôture de la preuve et la plaidoirie de la défense, de rouvrir sa preuve pour citer de nouveau un témoin pour qu'il change son témoignage sur un point fondamental. [Je souligne.]

Nonobstant l'importance qui, historiquement, a été attachée à l'étape où est rendu le procès et le fait que le pouvoir discrétionnaire qu'a un tribunal d'autoriser le ministère public à rouvrir sa preuve est fort restreint lorsque la défense commence à répondre à la preuve présentée contre elle, il est vrai que la règle stricte du fait qui survient à l'improviste ne s'applique plus désormais au Canada. Toutefois, les circonstances dans lesquelles le ministère public peut être autorisé à rouvrir sa preuve à cette étape sont très limitées. Les deux exemples les plus courants sont:

(1) lorsque la conduite de la défense a directement ou indirectement contribué à l'omission du ministère public de présenter certains éléments de preuve avant de terminer sa preuve: *R. c. Champagne*, [1970] 2 C.C.C. 273 (C.A.C.-B.); *Crawford c. The Queen* (1984), 43 C.R. (3d) 80 (C. cté Ont.), et

(2) lorsque l'omission ou l'erreur du ministère public portait sur un point non controversé relatif à des questions purement procédurales ou techniques, qui n'a rien à voir avec la substance ou le fond d'une affaire: *Kissick c. The King*, [1952] 1 R.C.S. 343; *Robillard*, précité;

Huluszkiw (1962), 37 C.R. 386 (Ont. C.A.); *R. v. Assu* (1981), 64 C.C.C. (2d) 94 (B.C.C.A.).

While I do not propose to review each one of the cases cited in support of the above two propositions, a few of the cases are worth considering.

For instance, *R. v. Huluszkiw*, *supra*, is helpful in illustrating the distinction between a matter of form and substance. There, the accused was charged with a prostitution-related offence for which the *Criminal Code* imposed a corroboration requirement. A witness gave corroborating evidence at the preliminary inquiry, but died before the trial. The Crown, which sought to adduce at the trial the depositions taken at the preliminary inquiry, neglected to prove that the evidence of the deceased witness had been taken in the presence of the accused. The Crown's application to reopen its case was dismissed by the trial judge on the basis that the defence had closed its case. The Court of Appeal, however, reversed the trial judge's ruling and allowed the Crown to reopen its case before it in order to adduce the necessary evidence. McLennan J.A. justified the court's decision on the ground that (at p. 390):

> It would be unfortunate if the ends of justice were defeated by the inadvertence of counsel in failing to prove what is essentially a matter of form in relation to procedure and provided always that the calling of further evidence, whatever its character, is for an honest purpose and that there are no unfair consequences to the opposite party so far as the presentation of that case is concerned. [Emphasis added.]

He distinguished the case before him from that of *R. v. Day* (1940), 27 Cr. App. R. 168, where the English Court of Appeal found the trial judge erred in permitting the Crown in a forgery case to call evidence of handwriting experts after the defence had closed its case. McLennan J.A. observed at pp. 389-90 that, in *Day*, the evidence "went to the very justice of the case":

Champagne, précité; *R. c. Huluszkiw* (1962), 37 C.R. 386 (C.A. Ont.); *R. c. Assu* (1981), 64 C.C.C. (2d) 94 (C.A.C.-B.).

Bien que je ne compte pas étudier chacun des arrêts cités à l'appui des deux propositions susmentionnées, il convient d'en examiner quelques-uns.

Par exemple, l'arrêt *R. c. Huluszkiw*, précité, sert à illustrer la distinction qui existe entre une question de forme et une question de fond. Dans cette affaire, l'inculpé a été accusé d'une infraction en matière de prostitution pour laquelle le *Code criminel* prescrivait la corroboration. Une personne a fait un témoignage corroborant à l'enquête préliminaire, mais elle est décédée avant le procès. Le ministère public, qui cherchait à présenter au procès les dépositions recueillies à l'enquête préliminaire, a négligé d'établir que la déposition du témoin décédé avait été faite en présence de l'accusé. La demande du ministère public en vue de rouvrir sa preuve a été rejetée par le juge du procès pour le motif que la défense avait terminé sa preuve. Toutefois, la Cour d'appel a infirmé la décision du juge du procès et a autorisé le ministère public à rouvrir sa preuve de manière à présenter les éléments de preuve nécessaires. Le juge McLennan justifie la décision de la cour de la manière suivante, à la p. 390:

> [TRADUCTION] Il serait regrettable que les fins de la justice soient contrecarrées parce qu'un avocat a omis par inadvertance ce qui constitue essentiellement une formalité, à condition toujours que la présentation d'une preuve supplémentaire, quelle qu'en soit la nature, soit faite de bonne foi et qu'il n'en résulte aucune conséquence injuste pour la partie adverse. [Je souligne.]

Il a établi une distinction entre l'affaire dont il était saisi et l'arrêt *R. c. Day* (1940), 27 Cr. App. R. 168, dans lequel la Cour d'appel de l'Angleterre a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en permettant au ministère public, dans une affaire de faux, de citer des graphologues après que la défense eut terminé sa preuve. Le juge McLennan a fait remarquer, aux pp. 389 et 390, que, dans l'arrêt *Day*, la preuve [TRADUCTION] «touchait à l'équité même du procès»:

... the defence might have been presented in a different manner by calling more witnesses or fewer witnesses than were actually called or none at all, had the evidence given after the defence had closed its case been put in, as it ought to have been, as part of the Crown's case in chief.

[TRADUCTION] ... la défense aurait pu être présentée d'une manière différente en citant plus ou moins de témoins que ceux qui ont été cités, ou en n'en citant aucun, si le témoignage fait après que la défense eut terminé sa preuve avait fait partie, comme cela aurait dû être le cas, de la preuve principale du ministère public.

McLennan J.A. concluded that the defence was not and could not be prejudiced by allowing the Crown to reopen its case to provide the formal proof that the accused was indeed present at the preliminary inquiry when the deceased witness testified.

Le juge McLennan a conclu que la défense n'a pas été lésée et ne pouvait l'être par l'autorisation de la réouverture de la preuve du ministère public aux fins d'établir formellement que l'accusé était vraiment présent à l'enquête préliminaire quand le témoin décédé a témoigné.

In *Robillard*, *supra*, a decision by this Court, there was a similar absence of formal proof in the Crown's case. An accomplice to an armed robbery identified the accused at the preliminary inquiry as one of the robbers, but refused to testify at trial. After being permitted to read to the jury the evidence previously given by the accomplice, the Crown closed its case. The defence then declared that it had no witnesses to offer and, after the Crown had addressed the jury, argued that the accused had not been properly identified at the trial as the same person referred to in the accomplice's testimony. The trial judge's decision to allow the Crown to reopen its case at this late stage was upheld by a majority of the Quebec Court of Appeal.

Dans l'arrêt *Robillard*, précité, de notre Cour, il y avait une absence semblable de preuve formelle dans la thèse du ministère public. Un complice d'un vol à main armée a identifié l'accusé à l'enquête préliminaire comme étant l'un des voleurs, mais il a refusé de témoigner au procès. Après avoir reçu l'autorisation de lire au jury la déposition antérieure du complice, le ministère public a terminé sa preuve. La défense a alors déclaré qu'elle n'avait pas de témoins à faire comparaître et a soutenu, après que le ministère public se fut adressé au jury, que l'accusé n'avait pas été identifié correctement au procès comme étant la même personne que celle mentionnée dans le témoignage du complice. La décision du juge du procès de permettre au ministère public de rouvrir sa preuve à ce stade avancé a été confirmée par la Cour d'appel du Québec, à la majorité.

In dismissing the appeal, Pigeon J. rejected for this Court the strict *ex improviso* rule that had previously been applied in cases where the Crown applied to reopen after the defence closed its case. He suggested that a trial judge has a wide discretion to allow a reopening in order to rectify an inadvertent omission, and that an appeal court should only interfere in a trial judge's exercise of discretion if it is shown that an injustice has resulted or there was some prejudice to the accused.

En rejetant l'appel, le juge Pigeon a écarté au nom de notre Cour la règle stricte du fait qui survient à l'improviste qui avait déjà été appliquée dans des affaires où le ministère public avait demandé la réouverture de sa preuve après la clôture de la preuve de la défense. Il a affirmé que le juge du procès a un large pouvoir discrétionnaire de permettre la réouverture afin de rectifier une omission par inadvertance et qu'un tribunal d'appel ne devrait s'immiscer dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire que s'il est démontré qu'une injustice a été causée ou que l'accusé a été lésé de quelque façon.

In my opinion, *Robillard* should be limited to its facts. That is, I do not view *Robillard* as having eliminated, in all cases, the traditional and sound

Selon moi, l'arrêt *Robillard* devrait être limité à ses propres faits. Autrement dit, je ne considère pas que l'arrêt *Robillard* a éliminé, dans tous les

distinction made by courts between the broad discretion which exists before and immediately after the Crown closes its case and the very narrow discretion available after the defence begins to answer the case against it. Rather, *Robillard* should be construed narrowly, as a case dealing with a mistake as to form rather than substance. Given the underlying reasons for making this differentiation based on the phase reached in a trial, which I believe are grounded in the principle that an accused must not be conscripted against him- or herself, the temporal distinction is an important one which must be retained.

cas, la distinction traditionnelle et bien fondée que les tribunaux font entre le pouvoir discrétionnaire général qui existe avant et immédiatement après la clôture de la preuve du ministère public et le pouvoir discrétionnaire très limité qui peut être exercé après que la défense commence à répondre à la preuve présentée contre elle. L'arrêt *Robillard* devrait plutôt être interprété restrictivement comme une affaire qui porte sur une erreur de forme et non de fond. Compte tenu des motifs sous-jacents à l'établissement d'une telle distinction fondée sur l'étape où est rendu le procès, qui, à mon avis, reposent sur le principe qu'un accusé ne doit pas être mobilisé contre lui-même, la distinction de nature temporelle est importante et doit être maintenue.

The Rationale Behind Limiting Reopening of the Crown's Case Once the Defence Starts to "Meet the Case" Against It

Le raisonnement qui sous-tend la restriction de la réouverture de la preuve du ministère public lorsque la défense commence à «répondre à la preuve» présentée contre elle

While courts have often been at pains to distinguish between the reopening principles which should govern a trial judge's exercise of discretion in earlier versus later phases of a trial, clearly viewing reopening after the defence has made an election and/or closed its case as more prone to creating injustice than reopening at the earlier directed verdict stage, few have been explicit about the reasons for the difference.

Bien que les tribunaux aient souvent eu de la difficulté à établir une distinction entre les principes de réouverture de la preuve qui devraient régir l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire du juge du procès pendant les premières phases d'un procès par opposition aux phases subséquentes, considérant nettement que la réouverture après que la défense a fait son choix ou terminé sa preuve est plus susceptible de causer une injustice que la réouverture au premier stade du verdict imposé, peu d'entre eux ont été explicites sur les raisons de cette différence.

The closest a court seems to have come to providing a justification for the distinction is in the English Court of Appeal decision in *R. v. Pilcher* (1974), 60 Cr. App. R. 1. The Crown in that case applied for leave to reopen not at the close of the defence's case but midway through it (a situation more closely analogous to the one in the case at bar). The Crown wished to call an additional witness who had been available to the prosecution from the outset, but whose importance had been overlooked in a long and complicated case. The Lord Chief Justice held that the trial judge had

C'est dans l'arrêt de la Cour d'appel de l'Angleterre *R. c. Pilcher* (1974), 60 Cr. App. R. 1, qu'un tribunal semble être venu le plus près de justifier la distinction. Dans cette affaire, le ministère public a demandé l'autorisation de rouvrir sa preuve non pas à la clôture de la preuve de la défense mais au milieu de celle-ci (une situation qui ressemble davantage à celle dont il est question en l'espèce). Le ministère public voulait citer un témoin supplémentaire qui était à la disposition de la poursuite depuis le début, mais dont on avait ignoré l'importance dans une affaire longue et compliquée. Le lord juge en chef a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en permettant au minis-

erred in allowing the Crown to reopen its case. He stated at pp. 5-6:

> The rule that the prosecution must finish their case once and for all before the defence starts is a very important and salutary rule. It means that the defence does not have to meet the case until it has seen the whole case.... We do not say that in cases like the present where the matter has not arisen *ex improviso* the judge had no kind of discretion at all, but we are firmly of [the] opinion that in cases where the matter does not arise *ex improviso* the judge's discretion should not be exercised to allow the late introduction of an additional witness called for the prosecution whose evidence was available before the case for the prosecution closed. One must have sympathy with overworked prosecution solicitors in long cases of this kind, but it seems to me in the interests of finality and in the interests of fairness to the defence one must take a strict line not to let in prosecution evidence coming in late in the proceedings if it is outside the *ex improviso* rule. [Emphasis added.]

What I propose to do in this section is elaborate on the points touched on in this passage by the Lord Chief Justice.

Perhaps the single most important organizing principle in criminal law is the right of an accused not to be forced into assisting in his or her own prosecution: M. Hor, "The Privilege against Self-Incrimination and Fairness to the Accused", [1993] *Singapore J. Legal Stud.* 35, at p. 35; P. K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3rd ed. 1988), at para. 1:10100. This means, in effect, that an accused is under no obligation to respond until the state has succeeded in making out a *prima facie* case against him or her. In other words, until the Crown establishes that there is a "case to meet", an accused is not compellable in a general sense (as opposed to the narrow, testimonial sense) and need not answer the allegations against him or her.

The broad protection afforded to accused persons is perhaps best described in terms of the overarching principle against self-incrimination, which is firmly rooted in the common law and is a fundamental principle of justice under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As a major-

tère public de rouvrir sa preuve. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 5 et 6:

> [TRADUCTION] La règle selon laquelle la poursuite doit terminer sa preuve une fois pour toutes avant le début de la défense est une règle très importante et salutaire. Elle signifie que la défense n'aura pas à répondre à la preuve avant de l'avoir vue en entier. [. . .] Nous ne disons pas que, dans des cas comme celui-ci où la question n'a pas été soulevée à l'improviste, le juge n'a aucune discrétion, mais nous croyons fermement que, dans les cas où la question n'est pas soulevée à l'improviste, le juge ne doit pas exercer son pouvoir discrétionnaire pour permettre à la poursuite de présenter tardivement un témoin qui aurait pu être cité avant la clôture de sa preuve. Il faut avoir de la sympathie pour les avocats de la poursuite qui sont débordés de travail dans des longues affaires de ce genre, mais il me semble que pour assurer le caractère définitif des décisions et par souci d'équité envers la défense, il faut avoir pour politique stricte de ne pas admettre des éléments de preuve de la poursuite à un stade avancé des procédures s'ils ne relèvent pas de la règle du fait qui survient à l'improviste. [Je souligne.]

Dans la présente section, je compte expliquer les détails des points soulevés par le lord juge en chef.

Le principe directeur qui est sans doute le plus important en droit criminel est le droit de l'accusé de ne pas être contraint de prêter son concours aux poursuites intentées contre lui: M. Hor, «The Privilege against Self-Incrimination and Fairness to the Accused», [1993] *Singapore J. Legal Stud.* 35, à la p. 35; P. K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3e éd. 1988), au par. 1:10100. Cela signifie en effet qu'un accusé n'est pas tenu de répondre tant que l'État n'a pas réussi à établir une preuve *prima facie* contre lui. En d'autres termes, tant que le ministère public ne présente pas une «preuve complète», l'accusé n'est pas contraignable au sens général (par opposition au sens testimonial restreint) et il n'a pas à répondre aux allégations présentées contre lui.

La protection générale accordée à un accusé est sans doute mieux décrite par le principe général interdisant l'auto-incrimination qui est fermement enraciné dans la common law et qui constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

ity of this Court suggested in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, the presumption of innocence and the power imbalance between the state and the individual are at the root of this principle and the procedural and evidentiary protections to which it gives rise.

Before trial, the criminal law seeks to protect an accused from being conscripted against him- or herself by the confession rule, the right to remain silent in the face of state interrogation into suspected criminal conduct, and the absence of a duty of disclosure on the defence: *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151. With respect to disclosure, the defence in Canada is under no legal obligation to cooperate with or assist the Crown by announcing any special defence, such as an alibi, or by producing documentary or physical evidence. In *obiter*, this Court suggested in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, at p. 333, that

> The suggestion that the duty [of disclosure] should be reciprocal may deserve consideration by this Court in the future but is not a valid reason for absolving the Crown of its duty. The contrary contention fails to take account of the fundamental difference in the respective roles of the prosecution and the defence. . . .
>
> I would add that the fruits of the investigation which are in the possession of counsel for the Crown are not the property of the Crown for use in securing a conviction but the property of the public to be used to ensure that justice is done. In contrast, the defence has no obligation to assist the prosecution and is entitled to assume a purely adversarial role toward the prosecution. The absence of a duty to disclose can, therefore, be justified as being consistent with this role. [Emphasis added.]

However, it should be borne in mind that this protection against disclosure is not an absolute one. For example, failure to disclose an alibi defence in a timely manner may affect the weight given to the defence: E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2nd ed. 1987), at para. 16:8070; McWilliams, *Canadian Criminal Evidence*, *supra*, at paras. 28:10711-10712.

Comme l'a proposé notre Cour à la majorité dans l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, la présomption d'innocence et l'inégalité du rapport de force entre l'État et le particulier sont à la base de ce principe et des protections en matière de procédure et de preuve qui en découlent.

Avant le procès, le droit criminel cherche à empêcher que l'accusé soit mobilisé contre lui-même grâce à la règle des confessions, au droit de garder le silence dans le cadre d'un interrogatoire de l'État sur une conduite criminelle dont on soupçonne l'existence et à l'absence d'une obligation de divulguer de la part de la défense: *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151. Pour ce qui est de la divulgation, la défense au Canada n'est pas légalement tenue de collaborer avec le ministère public ou de l'aider en annonçant le recours à un moyen de défense spécial, comme un alibi, ou en produisant une preuve documentaire ou matérielle. Notre Cour a affirmé dans une opinion incidente contenue dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, à la p. 333:

> L'assertion que cette obligation devrait être réciproque peut mériter que notre Cour s'y arrête à une autre occasion, mais ne constitue pas un motif valable de libérer le ministère public de son obligation. L'argument contraire ne tient pas compte de la différence fondamentale entre les rôles respectifs de la poursuite et de la défense . . .
>
> J'ajouterais que les fruits de l'enquête qui se trouvent en la possession du substitut du procureur général n'appartiennent pas au ministère public pour qu'il s'en serve afin d'obtenir une déclaration de culpabilité, mais sont plutôt la propriété du public qui doit être utilisée de manière à s'assurer que justice soit rendue. La défense, par contre, n'est nullement tenue d'aider la poursuite et il lui est loisible de jouer purement et simplement un rôle d'adversaire à l'égard de cette dernière. L'absence d'une obligation de divulguer peut donc se justifier comme étant compatible avec ce rôle. [Je souligne.]

Toutefois, il faut garder à l'esprit que cette protection contre la divulgation n'est pas absolue. Par exemple, l'omission de communiquer promptement un alibi peut avoir un effet sur l'importance de ce moyen de défense: E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2e éd. 1987), au par. 16:8070; McWilliams, *Canadian Criminal Evidence*, *op. cit.*, aux par. 28:10711 et 28:10712.

At trial, accused persons continue to be protected by a right to silence. Specifically, they cannot be compelled to testify, and they have a right not to have their testimony used against them in future proceedings. These protections against testimonial compulsion of the accused have been constitutionalized in s. 11(*c*) (right of the accused not to be compelled to testify) and s. 13 (right of witness not to have his or her testimony from one proceeding used to incriminate him or her in a subsequent proceeding) of the *Charter*. As this Court observed in *Dubois*, *supra*, at p. 357, when combined with s. 11(*d*) (presumption of innocence), ss. 11(*c*) and 13 of the *Charter* protect the basic tenet of justice that the Crown must establish a "case to meet" before there can be any expectation that the accused should respond.

All of these protections, which emanate from the broad principle against self-incrimination, recognize that it is up to the state, with its greater resources, to investigate and prove its own case, and that the individual should not be conscripted into helping the state fulfil this task. Once, however, the Crown discharges its obligation to present a *prima facie* case, such that it cannot be nonsuited by a motion for a directed verdict of acquittal, the accused can legitimately be expected to respond, whether by testifying him or herself or calling other evidence, and failure to do so may serve as the basis for drawing adverse inferences: *Dubois*, *supra*, at pp. 357-58; D. M. Paciocco, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases* (1987), at p. 495. In other words, once there is a "case to meet" which, if believed, would result in conviction, the accused can no longer remain a passive participant in the prosecutorial process and becomes — in a broad sense — compellable. That is, the accused must answer the case against him or her, or face the possibility of conviction.

What is so objectionable about allowing the Crown's case to be reopened after the defence has started to meet that case is that it jeopardizes, indi-

Au procès, les accusés continuent d'être protégés par le droit au silence. Plus précisément, ils ne peuvent être contraints de témoigner et ils ont droit à ce que leurs témoignages ne soient pas utilisés contre eux dans des procédures à venir. Ces protections contre la contrainte de l'accusé à témoigner ont été constitutionnalisées à l'al. 11*c*) (droit de l'accusé de ne pas être contraint de témoigner) et à l'art. 13 (droit du témoin à ce que son témoignage dans des procédures ne soit pas utilisé pour l'incriminer dans des procédures subséquentes) de la *Charte*. Comme notre Cour l'a fait remarquer dans l'arrêt *Dubois*, précité, à la p. 357, lorsqu'ils sont conjugués à l'al. 11*d*) (présomption d'innocence), l'al. 11*c*) et l'art. 13 de la *Charte* protègent le précepte fondamental de justice selon lequel le ministère public doit avoir présenté une «preuve complète» pour qu'on puisse s'attendre à une réaction de la part de l'accusé.

Toutes ces protections qui découlent du principe général interdisant l'auto-incrimination reconnaissent qu'il incombe à l'État, qui dispose de plus de ressources, d'enquêter et de prouver ses allégations, et que le particulier ne devrait pas être contraint d'aider l'État à remplir cette tâche. Toutefois, quand le ministère public s'acquitte de son obligation de présenter une preuve *prima facie* non susceptible d'être écartée par une requête en obtention d'un verdict imposé d'acquittement, on peut légitimement s'attendre à ce que l'accusé réagisse en témoignant lui-même ou en citant d'autres témoins, et le défaut de le faire peut justifier des conclusions contraires: *Dubois*, précité, aux pp. 357 et 358; D. M. Paciocco, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases* (1987), à la p. 495. En d'autres termes, lorsqu'on a présenté une «preuve complète» qui, si on y ajoute foi, entraînerait une déclaration de culpabilité, l'accusé ne peut plus demeurer passif dans le processus accusatoire et devient — dans un sens large — contraignable, c'est-à-dire que l'accusé doit répondre à la preuve présentée contre lui ou courir le risque d'être déclaré coupable.

Ce qui rend si inacceptable le fait de permettre au ministère public de rouvrir sa preuve après que la défense a commencé à y répondre, c'est que cela

rectly, the principle that an accused not be conscripted against him- or herself. In *Dubois*, this Court interpreted the privilege against self-incrimination contained in s. 13 of the *Charter* as preventing the Crown from indirectly conscripting the accused to defeat himself by using his previous testimony against him — something which the Crown is directly prohibited from doing under s. 11(*c*) of the *Charter*. In my opinion, a similar danger is involved when the Crown seeks to reopen its case after the defence has begun to answer the case against it — that is, there is a real risk that the Crown will, based on what it has heard from the defence once it is compelled to "meet the case" against it, seek to fill in gaps or correct mistakes in the case which it had on closing and to which the defence has started to respond. To ensure that this does not in fact happen, the Crown should not, as a general rule, be permitted to reopen once the defence has started to answer the Crown's case.

porte atteinte indirectement au principe voulant qu'un accusé ne puisse être mobilisé contre lui-même. Dans l'arrêt *Dubois*, notre Cour a interprété le privilège de ne pas s'incriminer, contenu à l'art. 13 de la *Charte*, comme empêchant le ministère public de contraindre indirectement l'accusé de contribuer à sa propre perte en utilisant contre lui-même son témoignage antérieur — ce que l'al. 11*c*) de la *Charte* interdit directement au ministère public de faire. À mon avis, il existe un danger semblable lorsque le ministère public cherche à rouvrir sa preuve après que la défense a commencé à répondre à la preuve présentée contre elle, c'est-à-dire qu'il existe un risque réel que, compte tenu de ce qu'il a entendu de la part de la défense lorsqu'elle a été contrainte de répondre à la preuve présentée contre elle, le ministère public cherche à combler les lacunes ou à corriger les erreurs dans la preuve dont il a terminé la présentation et à laquelle la défense a commencé à répondre. Afin d'assurer que cela ne se produise pas, le ministère public ne devrait pas, en règle générale, être autorisé à rouvrir sa preuve lorsque la défense a commencé à y répondre.

In other words, I agree with respondent's counsel in this case that there comes a point when "enough is enough", and a mistake or omission by the Crown must necessarily become fatal. Once the defence starts to "meet the case", thus revealing its own case, the Crown should, except in the narrowest of circumstances, be "locked into" the case which, upon closing, it has said the defence must answer. The Crown must not be allowed in any way to change that case. To hold otherwise would be to undermine the guiding principle against self-incrimination.

En d'autres termes, je suis d'accord avec l'avocat de l'intimé en l'espèce pour dire qu'il arrive un moment où «assez c'est assez» et où une erreur ou une omission du ministère public doit nécessairement devenir fatale. Lorsque la défense commence à répondre à la preuve présentée contre elle et révèle ainsi sa propre preuve, le ministère public devrait, sauf dans les circonstances les plus particulières, être limité à la preuve à laquelle il a dit, au moment de la terminer, que la défense devait répondre. Il ne devrait nullement être permis au ministère public de modifier cette preuve. Toute autre conclusion contraire minerait le principe directeur interdisant l'auto-incrimination.

It is for this very important reason that *Robillard*, *supra*, with its more generous approach to a trial judge's discretion over reopening, even after the defence has closed its case, must be narrowly construed as applying only to situations where the Crown is seeking to reopen in order to correct a matter of form, and not generally to all situations where the defence has started to answer the case

C'est pour cette raison très importante que l'arrêt *Robillard*, précité, qui aborde de façon plus libérale le pouvoir discrétionnaire du juge du procès en matière de réouverture, même après la clôture de la preuve de la défense, doit être interprété restrictivement comme s'appliquant seulement aux situations où le ministère public cherche à rouvrir sa preuve pour corriger un vice de forme, et non

against it. Importantly, the Crown in *Robillard* was merely seeking to introduce non-controversial evidence which it would reasonably have been expected to introduce in order to support its case, but which it had omitted as a result of inadvertence. It was not attempting in any way to change the case which it had upon closing. I would also note that *Robillard* was decided in a pre-*Charter* era. With the entrenchment of the principle against self-incrimination in the *Charter*, it becomes necessary to ensure that the rules governing reopening are consistent with constitutional imperatives. Accordingly, any departure from the basic principle that the Crown not be allowed to reopen once an accused starts to reveal his or her defence must be assessed keeping that in mind.

I have suggested that it will only be in special circumstances that a trial judge should entertain an application by the Crown to reopen after the defence has begun answering the case against it. Two examples of such circumstances have been provided: where conduct of the defence has contributed to an omission by the Crown, or where matters of form rather than substance are involved. There may be other exceptional circumstances in which reopening will be justified. In *R. v. Nelson*, [1993] O.J. No. 1899 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), a case involving a charge of second degree murder, the Crown applied to reopen its case in order to have evidence by the only eyewitness to the murder given by commission. The Crown brought its application after the trial had been completed and at the point where the trial judge had reached a decision, but had not yet released his judgment. In dismissing the Crown's application to reopen, Goodearle J. stated as follows (at para. 31):

An application, brought in these circumstances, at this late date by the Crown should never be allowed unless the effect of such evidence is of such apparent strength as to be likely to convince the trier of fact that the ver-

pas généralement à toutes les situations où la défense a commencé à répondre à la preuve présentée contre elle. Il importe de souligner que, dans l'affaire *Robillard*, le ministère public cherchait simplement à présenter une preuve indiscutable qu'on aurait pu raisonnablement s'attendre à ce qu'il présente à l'appui de sa thèse, mais qu'il avait omis de présenter par inadvertance. Il ne tentait d'aucune façon de modifier la preuve telle qu'elle était lorsqu'il en a terminé la présentation. Il convient également de souligner que l'arrêt *Robillard* a été rendu avant l'adoption de la *Charte*. Comme le principe interdisant l'auto-incrimination a été inscrit dans la *Charte*, il devient nécessaire de veiller à ce que les règles en matière de réouverture de la preuve soient conformes aux exigences constitutionnelles. Par conséquent, c'est avec cela à l'esprit qu'il faut évaluer toute dérogation au principe fondamental voulant qu'il soit interdit au ministère public de rouvrir sa preuve une fois qu'un accusé commence à faire connaître sa défense.

J'ai affirmé que ce n'est que dans des circonstances spéciales que le juge du procès devrait entendre une demande de réouverture du ministère public après que la défense a commencé à répondre à la preuve présentée contre elle. On a donné deux exemples de telles circonstances: lorsque la conduite de la défense a contribué à une omission du ministère public ou lorsqu'il s'agit de questions de forme plutôt que de fond. Il peut y avoir d'autres circonstances exceptionnelles où la réouverture de la preuve sera justifiée. Dans l'arrêt *R. c. Nelson*, [1993] O.J. No. 1899 (C. Ont. (Div. gén.)), qui porte sur une accusation de meurtre au deuxième degré, le ministère public a demandé la réouverture de sa preuve pour que la déposition du seul témoin oculaire du meurtre puisse être recueillie par commission rogatoire. Le ministère public a présenté sa demande après le procès et au moment où le juge avait pris une décision mais ne l'avait pas encore rendue. Lorsqu'il a rejeté la demande de réouverture de la preuve du ministère public, le juge Goodearle a dit (au par. 31):

[TRADUCTION] Une demande présentée par le ministère public dans de telles circonstances et à un stade aussi avancé ne devrait jamais être acceptée à moins que la force apparente de cet élément de preuve soit telle

dict it (or he) has reached, on the evidence originally adduced would be wrong and would result in a palpable injustice to the accused.

Clearly, where the interests of the accused warrant reopening the Crown's case, a trial judge should exercise his or her discretion accordingly, no matter how late in the proceeding it may be.

In summary, in order to preserve the principle against self-incrimination and ensure that accused persons are not compelled to assist in their own prosecution, the Crown should not be allowed, except in the narrowest or most exceptional of circumstances, to reopen its case once the defence has started to answer the case against it.

Application to the Case at Bar

In this case, the Crown had closed its case and the defence had been granted an adjournment to deal with non-disclosure by the Crown of certain inculpatory statements made to the police. Before recessing, the defence announced that it would be calling three witnesses, one of whom would be offering alibi evidence. Upon resumption of the trial approximately five weeks later, the Crown sought leave to reopen its case in order to recall the complainant's mother to allow her to correct her testimony as to the dates of the alleged sexual assaults. The trial judge permitted the Crown to reopen its case for the purpose of recalling the mother, and then, subsequently, ruled in favour of the Crown's application to amend the dates in the indictment to make them correspond with the mother's new evidence. The cumulative effect of the reopening and the amendment was, as respondent's counsel phrased it, to "obliterate" the respondent's alibi defence.

I am satisfied that this is an appropriate case in which to interfere with the trial judge's exercise of discretion to allow the Crown to reopen its case.

qu'il est susceptible de convaincre le juge des faits que le verdict auquel il est arrivé, sur le fondement de la preuve présentée initialement serait erroné et causerait une injustice flagrante à l'accusé.

De toute évidence, lorsque les intérêts de l'accusé justifient la réouverture de la preuve du ministère public, le juge du procès devrait exercer son pouvoir discrétionnaire en conséquence, peu importe le stade auquel sont rendues les procédures.

Somme toute, pour préserver le principe interdisant l'auto-incrimination et pour garantir que les accusés ne soient pas contraints de prêter leur concours aux poursuites intentées contre eux, le ministère public ne devrait jamais être autorisé, sauf dans les circonstances les plus limitées et les plus exceptionnelles, à rouvrir sa preuve lorsque la défense a commencé à répondre à la preuve présentée contre elle.

Application à la présente affaire

En l'espèce, le ministère public avait terminé sa preuve et la défense avait obtenu un ajournement pour traiter de la non-divulgation par le ministère public de certaines déclarations incriminantes faites aux policiers. Avant la suspension de l'audience, la défense a annoncé qu'elle citerait trois témoins, dont l'un d'eux fournirait un alibi. À la reprise du procès environ cinq semaines plus tard, le ministère public a demandé l'autorisation de rouvrir sa preuve pour citer de nouveau la mère de la plaignante afin de lui permettre de corriger son témoignage relativement aux dates où les agressions sexuelles auraient été commises. Le juge du procès a autorisé le ministère public à rouvrir sa preuve pour citer de nouveau la mère et a, par la suite, fait droit à la demande du ministère public en vue de modifier les dates mentionnées dans l'acte d'accusation afin qu'elles correspondent au nouveau témoignage de la mère. Comme l'a dit l'avocat de l'intimé, la réouverture et la modification ont eu pour effet cumulatif d'«effacer» l'alibi de son client.

Je suis convaincu qu'il s'agit d'une affaire où il convient de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès de permettre au

Not only had the defence started to "meet" the Crown's case by declaring its intention to call evidence, but also the complainant's mother was recalled in order to justify amending the charge. The mother's fresh evidence had the effect of changing the case which the accused had, by announcing his intention to call evidence and particularly alibi evidence, committed himself to answering.

Reopening in this case was contrary to the interests of justice and prejudicial to the accused because it violated, indirectly, the fundamental tenet of our criminal justice system that an accused must not be conscripted against himself. To reach this conclusion, I find it neither necessary nor appropriate to interfere with the trial judge's findings of credibility as the Court of Appeal did. In addition, it is unnecessary to consider, as the Court of Appeal did, the second ground of appeal, which is the question of whether the trial judge erred in allowing the amendment to the indictment.

V. Disposition

Because the appropriate remedy in the circumstances would be to quash the conviction at trial and replace it with a verdict of acquittal, the appeal is dismissed on the ground that allowing the reopening of the Crown's case was an improper exercise of the trial judge's discretion.

The reasons of La Forest and McLachlin JJ. were delivered by

LA FOREST J. (dissenting) — I have had the advantage of reading the reasons of the Chief Justice and Justice L'Heureux-Dubé who set forth the facts and judicial history, which I adopt. The Crown sought to reopen its case for the purpose of amending the indictment. The issue of reopening and the application for amendment are so inextricably interlocked that I do not think they realistically can be dealt with separately. There can be no

ministère public de rouvrir sa preuve. Non seulement la défense avait-elle commencé à répondre à la preuve du ministère public en annonçant son intention de citer des témoins, mais encore la mère de la plaignante a été citée de nouveau pour justifier la modification de l'accusation. Le nouveau témoignage de la mère a eu pour effet de changer la preuve à laquelle l'accusé s'était engagé à répondre en annonçant son intention de citer des témoins et, en particulier, de fournir un alibi.

La réouverture de la preuve en l'espèce était contraire aux intérêts de la justice et causait un préjudice à l'accusé parce qu'elle portait atteinte indirectement au précepte fondamental de notre système de justice criminelle selon lequel un accusé ne doit pas être mobilisé contre lui-même. Pour arriver à cette conclusion, j'estime qu'il n'est ni nécessaire ni approprié de modifier, comme l'a fait la Cour d'appel, les conclusions que le juge du procès a tirées en matière de crédibilité. De plus, il est inutile d'examiner, à l'instar de la Cour d'appel, le second moyen d'appel qui est la question de savoir si le juge du procès a commis une erreur en autorisant la modification de l'acte d'accusation.

V. Dispositif

Étant donné que, dans les circonstances, le redressement approprié serait l'annulation de la déclaration de culpabilité prononcée au procès et son remplacement par un verdict d'acquittement, le pourvoi est rejeté pour le motif que l'autorisation de la réouverture de la preuve du ministère public constituait un exercice abusif du pouvoir discrétionnaire du juge du procès.

Version française des motifs des juges La Forest et McLachlin rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident) — J'ai pris connaissance des motifs du Juge en chef et de ceux du juge L'Heureux-Dubé qui exposent les faits et l'historique des procédures judiciaires auxquels je souscris. Le ministère public a demandé à rouvrir l'enquête dans le but de modifier l'acte d'accusation. Les questions de la réouverture de l'enquête et de la demande de modification sont si intimement liées que je ne crois pas qu'elles peuvent réa-

question that the later the stage at which an application to amend an indictment is made, the greater the chance for injustice to the accused, and consequently an amendment following the closing of the Crown's case must be given very close scrutiny. But it must be remembered that the discretion of the trial judge is to be exercised in the interests of justice — which I would have thought comprised consideration of both the interests of the accused and of the public, including in the latter those of the victim. This is not a purely technical decision. As Wilson J. put it in *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30, at p. 40, "balance ... must be maintained between eschewing unnecessary technicalities and the right of an accused to make full answer and defence".

I fail to see how the interests of the accused here could be said to have been prejudiced. This is not a case like *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932, where the amendment related to the nature of the charge. Rather, the whole of the Crown's case here centred on the fact that the offence had occurred at a time when the accused resided with the parents of the complainant, the specific year being the difficult matter to pinpoint. The accused thus knew before the reopening of the case that the incident had taken place when he had resided with his niece. Indeed, he knew this from the beginning; a police officer had so informed him when he was arrested. In short, the accused knew exactly the case he had to meet from the beginning. I do not think the accused's right against self-incrimination or to silence were affected in any real sense. The case was reopened before the accused presented any evidence.

I would thus dispose of this case in the manner proposed by L'Heureux-Dubé J. Like her, I would underline the difficulty of children pinpointing the exact time of incidents which have occurred several years before, but which they are able to define in terms of other contemporaneous matters.

listement être traitées séparément. Il est incontestable que plus une demande de modification d'acte d'accusation est présentée à un stade avancé des procédures, plus l'accusé risque de subir une injustice, et qu'il faut donc examiner très attentivement toute modification postérieure à la clôture de la preuve du ministère public. Toutefois, il faut se rappeler que le juge de première instance doit exercer son pouvoir discrétionnaire dans l'intérêt de la justice — qui, selon moi, commande l'examen des droits de l'accusé et de ceux du public, y compris dans ce dernier cas ceux de la victime. Il ne s'agit pas d'une décision purement technique. Comme le juge Wilson l'a fait remarquer dans l'arrêt *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30, à la p. 40: «[il y a un] équilibre à maintenir entre l'élimination d'un formalisme inutile et le droit d'un accusé de présenter une réponse et une défense pleines et entières».

Je ne vois comment on pourrait soutenir ici qu'il y a eu atteinte aux droits de l'accusé. Il ne s'agit pas d'un cas comme l'affaire *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932, où la modification portait sur la nature de l'accusation. Toute la preuve du ministère public, en l'espèce, était plutôt axée sur le fait que l'infraction avait été commise à l'époque où l'accusé demeurait avec les parents de la plaignante, l'année précise étant l'élément difficile à déterminer. L'accusé savait donc avant la réouverture de l'enquête que l'incident avait eu lieu pendant qu'il habitait avec sa nièce. En fait, il le savait depuis le début, car un policier l'en avait informé au moment de son arrestation. Bref, dès le départ, l'accusé connaissait exactement la preuve à laquelle il devait répondre. Je ne crois pas qu'il y a eu réellement atteinte au droit de l'accusé de ne pas s'incriminer ou à son droit de garder le silence. L'enquête a été rouverte avant que l'accusé présente quelque élément de preuve que ce soit.

En conséquence, je suis d'avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par le juge L'Heureux-Dubé. Comme elle, je souligne que les enfants ont de la difficulté à établir la date exacte d'incidents qui se sont produits plusieurs années auparavant, mais qu'ils sont capables de les situer dans le temps en se reportant à d'autres événements contemporains.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — The respondent in this appeal has been charged with the indecent assault of his niece contrary to s. 149(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, and with having sexual intercourse with her when she was under the age of 14, contrary to s. 146(1), now s. 153(1), of the *Criminal Code*. An important issue at trial concerned the dates when those alleged assaults took place. The original charge read that the accused M.B.P. had on or between January 1, 1980 and January 1, 1981 unlawfully assaulted the complainant. Pursuant to the evidence at the preliminary hearing, the Crown amended the charge to specify that the assaults were alleged to have occurred between January 1, 1982 and January 1, 1983. After the close of the Crown's case at trial, however, before the defence adduced any evidence but after having announced its reliance on an alibi defence for the above period, the Crown sought to reopen its case in order to recall the complainant's mother so she might correct her earlier testimony to reflect the actual period where the incidents were alleged to have taken place.

The question before this Court is whether it was an appropriate exercise of the trial judge's discretion to allow the Crown to reopen its case at that stage. A second intimately related question is whether the Crown should, in such circumstances, be allowed to amend the indictment to conform with the evidence entered at trial. This involves consideration of s. 601 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, the relevant parts of which read as follows:

601. . . .

(2) Subject to this section, a court may, on the trial of an indictment, amend the indictment or a count therein or a particular that is furnished under section 587, to make the indictment, count or particular conform to the

Les motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — L'intimé dans le présent pourvoi a été accusé d'avoir attenté à la pudeur de sa nièce, contrairement au par. 149(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, et d'avoir eu des rapports sexuels avec elle alors qu'elle était âgée de moins de 14 ans, contrairement au par. 146(1), maintenant le par. 153(1), du *Code criminel*. Une question importante au procès concernait les dates auxquelles ces infractions auraient été commises. D'après l'accusation originale, l'accusé M.B.P. avait, entre le 1er janvier 1980 et le 1er janvier 1981, agressé illégalement la plaignante. À la suite de la preuve recueillie à l'enquête préliminaire, le ministère public a amendé l'acte d'accusation de manière à préciser que les agressions auraient été commises entre le 1er janvier 1982 et le 1er janvier 1983. Cependant, après que le ministère public eut déclaré sa preuve close au procès, avant que la défense ait présenté sa preuve, mais après qu'elle eut annoncé qu'elle fournirait un alibi pour la période susmentionnée, le ministère public a demandé à réouvrir sa preuve afin de citer de nouveau la mère de la plaignante pour qu'elle puisse corriger son témoignage antérieur de façon à indiquer la véritable période pendant laquelle les incidents auraient eu lieu.

La question dont nous sommes saisis se résume à savoir s'il ressortit au pouvoir discrétionnaire du juge du procès de permettre au ministère public de réouvrir l'enquête à ce stade. Une seconde question, intimement liée à la première, est de savoir si, dans ces circonstances, il devrait être permis au ministère public d'amender l'acte d'accusation pour le rendre conforme à la preuve faite au procès. Ceci nous amène à examiner l'art. 601 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, dont les dispositions pertinentes sont les suivantes:

601. . . .

(2) Sous réserve des autres dispositions du présent article, un tribunal peut, lors du procès sur un acte d'accusation, modifier l'acte d'accusation ou un des chefs qu'il contient, ou un détail fourni en vertu de l'article

evidence, where there is a variance between the evidence and

(*a*) a count in the indictment as preferred; or

(*b*) a count in the indictment

(i) as amended; or

(ii) as it would have been if it had been amended in conformity with any particular that has been furnished pursuant to section 587.

. . .

(4) The court shall, in considering whether or not an amendment should be made to the indictment or a count thereof under subsection (3), consider

(*a*) the matters disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry;

(*b*) the evidence taken on the trial, if any;

(*c*) the circumstances of the case;

(*d*) whether the accused has been misled or prejudiced in his defence by any variance, error or omission mentioned in subsection (2) or (3); and

(*e*) whether, having regard to the merits of the case, the proposed amendment can be made without injustice being done.

(4.1) A variance between the indictment or a count therein and the evidence taken is not material with respect to

(*a*) the time when the offence is alleged to have been committed, if it is proved that the indictment was preferred within the prescribed period of limitation, if any; . . .

In order to answer these questions, a review of the evidence, as to the period when the offences are alleged to have taken place, is essential.

The Evidence

At trial, the complainant, who was 16 years of age at the time, testified that the occurrences of sexual abuse by her uncle, the respondent, took place eight years earlier, in the summer of 1982. Although the complainant tied her testimony to a fixed year, throughout the trial of this matter the exact date of those events had proven difficult for the complainant to remember with precision.

587, afin de rendre l'acte ou le chef d'accusation ou le détail conforme à la preuve, s'il y a une divergence entre la preuve et:

a) un chef de l'acte d'accusation tel que présenté;

b) un chef de l'acte d'accusation:

(i) tel que modifié,

(ii) tel qu'il l'aurait été, s'il avait été modifié en conformité avec tout détail fourni aux termes de l'article 587.

. . .

(4) Le tribunal examine, en considérant si une modification devrait ou ne devrait pas être faite:

a) les faits révélés par la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire;

b) la preuve recueillie lors du procès, s'il en est;

c) les circonstances de l'espèce;

d) la question de savoir si l'accusé a été induit en erreur ou lésé dans sa défense par une divergence, erreur ou omission mentionnée au paragraphe (2) ou (3); et

e) la question de savoir si, eu égard au fond de la cause, la modification projetée peut être apportée sans qu'une injustice soit commise.

(4.1) Une divergence entre l'acte d'accusation ou l'un de ses chefs et la preuve recueillie importe peu à l'égard:

a) du moment où l'infraction est présumée avoir été commise, s'il est prouvé que l'acte d'accusation a été présenté dans le délai prescrit, s'il en est;

Pour répondre à ces questions, il est essentiel de revoir la preuve relative à la période pendant laquelle les infractions auraient été commises.

La preuve

Au procès, la plaignante, qui était âgée de 16 ans à l'époque, a témoigné que son oncle, l'intimé, en avait abusé sexuellement huit ans auparavant, au cours de l'été 1982. Bien que la plaignante ait parlé d'une année en particulier, tout au cours du procès elle a éprouvé de la difficulté à se rappeler exactement la date des événements en question. Même si son témoignage était compatible avec les

Although the complainant's testimony was consistent with the dates mentioned in the indictment, she pinpointed the timing of the abuse on the fact that the incidents occurred during the summer when the respondent lived with her family and, in particular, on a summer weekend when the complainant's parents went away with their van club, at which time the respondent was responsible for baby-sitting her. Based on these recollections, the complainant and her mother concluded that the incidents occurred in 1982. The complainant explained how this date was arrived at:

... I could remember that I was little and my mother had showed me pictures of myself from school years and I could remember what I looked like and I showed my mother the picture of what I looked like when it all happened and she had taken the pictures out of her photo album of when she went on the trip with the van club to Niagara Falls and the date is in the bottom of my mother's pictures and it says 1982 and the picture of me was taken in '82.

The complainant's mother testified with regard to the period when the respondent had lived with her and her family, that is, for two months during the summer of 1982. She further testified that she and her husband had taken a van trip to Rochester, New York in July 1982 and that the respondent had baby-sat her daughter. At this point, the Crown closed its case and the respondent indicated that he would be calling three witnesses, one of whom was an alibi. When the trial resumed on April 22, 1991, the Crown sought to reopen its case, which was allowed by the trial judge, and the complainant's mother was recalled. She stated that she had erred in calculating the date when the accused had lived with her family and now recalled that it was the summer of 1983 instead of 1982:

Racking my brains out trying to figure out, trying to remember when he lived here, when he lived with us. I have no rent receipts, I have nothing to prove when he lived at my house, I had to go by my memory and what my daughter could remember, so going through the pictures and trying to do my homework, I remember the yard sale, his family leaving and that he lived there then.

dates mentionnées dans l'acte d'accusation, pour situer les agressions dans le temps elle se fondait sur le fait qu'elles avaient eu lieu l'été où l'intimé vivait avec sa famille et, en particulier, une fin de semaine où les parents de la plaignante étaient partis avec leur club de fourgonnettes et où l'intimé l'avait gardée. La plaignante et sa mère ont conclu, d'après ces souvenirs, que les incidents s'étaient produits en 1982. La plaignante a expliqué comment elles en étaient arrivées à cette date:

[TRADUCTION] ... je me souvenais que j'étais petite et ma mère m'avait montré des photos de moi prises quand j'étais écolière et j'ai pu me souvenir de mon apparence à l'époque. J'ai indiqué à ma mère la photo qui me représentait telle que j'étais quand tout cela s'est passé. Elle avait tiré ces photos de l'album du voyage qu'elle avait fait à Niagara Falls avec le club de fourgonnettes. L'année indiquée au bas des photos de ma mère est 1982 et c'est l'année où a été prise ma photo.

La mère de la plaignante a témoigné relativement à la période pendant laquelle l'intimé a vécu avec elle et sa famille, c'est-à-dire pendant deux mois au cours de l'été 1982. Elle a témoigné, en outre, que son mari et elle avaient fait un voyage en fourgonnette à Rochester (New York) en juillet 1982 et que l'intimé avait gardé leur fille pendant leur absence. C'est alors que le ministère public a déclaré sa preuve close et que l'intimé a indiqué qu'il citerait trois témoins, dont l'un fournirait un alibi. Quand le procès a repris le 22 avril 1991, le ministère public a présenté une requête pour réouvrir l'enquête, qui a été accueillie par le juge du procès, et la mère de la plaignante a été citée de nouveau. Celle-ci a dit qu'elle s'était trompée quant à la date à laquelle l'accusé avait vécu avec sa famille et qu'elle se rappelait maintenant que c'était au cours de l'été 1983 et non de l'été 1982:

[TRADUCTION] Je me suis creusé les méninges pour tenter de me souvenir du moment où il vivait ici, avec nous. Je n'ai aucun reçu de loyer, rien qui prouve quand il habitait chez moi. Je devais me fier à ma mémoire et à ce dont pouvait se souvenir ma fille. Alors, en examinant les photos et en essayant de faire ce qu'il m'incombait de faire, je me souviens de la vente-débarras, du départ de sa famille et qu'il vivait là à cette époque.

Following that testimony, the Crown was allowed to amend the indictment in order that the period be changed to read January 1, 1982 to January 1, 1984.

When testifying in his own defence, the respondent confirmed that he had lived with the complainant and her family in their home for a period of one to one and a half months during the summer of 1983. He recalled the events described by the complainant's mother which had enabled her to determine the period when the respondent had lived with them. With regard to the specific incidents of abuse, the respondent said that, during that period, he barely saw the family as he worked at two jobs and was out of the house most of the time. Moreover, he did not recall having baby-sat the complainant for a weekend during his stay. However, he also testified that, at that time, he was drinking heavily and, when pressed on cross-examination, made several contradictory statements with regard to the van club weekend. To various questions, he answered that he had no recollection of the weekend because he usually went away on the weekends, that he was not there on that particular weekend and, finally, that he did not remember.

Prior to the trial, the respondent had also made a number of contradictory statements to the police in response to the accusations. In both oral and written statements, he said:

It could have happened. I had a problem with alcohol and drinking. I did a lot of stupid things when I was drunk. I'm not sure in my mind that it didn't happen. I was probably more than capable of doing it the way I was drinking back then. Obviously it did occur. I feel pretty upset. That may have been me then but it's not me now.

This happened a long time ago. I remember that period of time. I was drinking quite a bit at the time. At the time I had a problem with alcohol and back then I did a lot of stupid things when I was drunk.

It probably could have happened at that time. I don't have any recollection of it at this time.

I don't feel good about it, obviously something did happen. I was a very heavy drinker at the time.

À la suite de ce témoignage, le ministère public a été autorisé à amender l'acte d'accusation de manière à inscrire la période du 1er janvier 1982 au 1er janvier 1984.

Témoignant pour sa propre défense, l'intimé a confirmé avoir vécu avec la plaignante et sa famille pendant un mois ou un mois et demi au cours de l'été 1983. Il se souvenait des événements que la mère de la plaignante avait décrits et qui lui avaient permis de déterminer la période au cours de laquelle il avait vécu avec eux. En ce qui concerne les incidents précis d'agression sexuelle, l'intimé a dit que, pendant cette période, il voyait rarement la famille parce qu'il occupait deux emplois et n'était pas à la maison la plupart du temps. De plus, il ne se souvenait pas d'avoir gardé la plaignante pendant une fin de semaine lors de son séjour. Il a toutefois témoigné qu'il buvait beaucoup à l'époque et, sous la pression du contre-interrogatoire, il a fait plusieurs déclarations contradictoires concernant la fin de semaine du club de fourgonnettes. Il a répondu à différentes questions qu'il ne se souvenait pas de la fin de semaine en cause parce qu'il partait habituellement la fin de semaine, qu'il était ailleurs cette fin de semaine-là et, enfin, qu'il ne se souvenait pas.

Avant le procès, l'intimé avait également fait à la police, en réponse aux accusations, un certain nombre de déclarations contradictoires tant orales qu'écrites dans lesquelles il a affirmé:

[TRADUCTION] Cela a pu se produire. J'avais un problème d'alcool. Je faisais bien des bêtises quand j'étais ivre. Je ne puis dire avec certitude que cela ne s'est pas passé. Je buvais tellement à cette époque-là que j'étais probablement plus que susceptible de le faire. De toute évidence, cela a eu lieu. Ça m'afflige pas mal. J'étais peut-être comme ça dans le temps, mais je ne le suis plus maintenant.

Il y a longtemps que cela est arrivé. Je me souviens de cette période. Je buvais passablement à l'époque. J'avais un problème d'alcool et, dans le temps, je faisais bien des bêtises quand j'étais ivre.

Cela aurait probablement pu se produire à cette époque. Je ne m'en souviens pas en ce moment.

Je n'en suis pas fier. De toute évidence, il s'est passé quelque chose. Je buvais énormément à l'époque.

Analysis

In answer to the two issues this Court has to decide, which are set out in the Chief Justice's opinion and to which I referred earlier, the Chief Justice would dismiss the appeal "on the ground that allowing the reopening of the Crown's case was an improper exercise of the trial judge's discretion" (p. 589). I disagree. As to the amendment sought by the Crown in order that the indictment reflect the evidence at trial, while the Chief Justice is "not convinced that the respondent suffered any irreparable prejudice by the mere fact of the amendment to the dates specified in the indictment" (p. 566), he does not reach a determinative conclusion on this basis.

I am of the view that the amendment to the indictment was properly allowed by the trial judge, as was the reopening of the case. Neither of these procedural incidents altered the case which the accused had to answer. In the words of the Chief Justice himself, "the respondent knew what was alleged against him from the outset. He had been made aware at the time of his arrest that the relevant period during which he was alleged to have sexually assaulted the complainant was when he was living at her parents' house" (p. 567). Consequently, there could be no prejudice of any kind which the respondent suffered or could have suffered by the amendment and the reopening of the case to that end. Before dealing more specifically with these two points, it may be useful to recall the context in which these motions were sought.

The Context

These accusations relate to sexual offences against a young girl under 14 years of age by her adult uncle. At the time of the trial, the complainant was 16 years of age. The offences having occurred approximately eight years earlier, when the respondent was living in the complainant's parents' home, the complainant had difficulty pinpointing the specific dates. In this regard, as the Chief Justice notes, "courts, including this one,

Analyse

En réponse aux deux questions qui nous sont soumises, questions formulées dans les motifs du Juge en chef et auxquelles j'ai déjà fait allusion, le Juge en chef rejetterait le pourvoi «pour le motif que l'autorisation de la réouverture de la preuve du ministère public constituait un exercice abusif du pouvoir discrétionnaire du juge du procès» (p. 589). Je ne suis pas d'accord. Pour ce qui est de l'amendement requis par le ministère public afin de rendre l'acte d'accusation conforme à la preuve présentée au procès, bien qu'il ne soit «pas convaincu que l'intimé a subi un préjudice irréparable du simple fait qu'on a modifié les dates précisées dans l'acte d'accusation» (p. 566), le Juge en chef n'en arrive pas à une conclusion définitive sur ce point.

J'estime que c'est à bon droit que le juge du procès a autorisé l'amendement de l'acte d'accusation ainsi que la réouverture de l'enquête. Ni l'un ni l'autre de ces incidents procéduraux n'a modifié la preuve que devait réfuter l'accusé. Comme le dit le Juge en chef lui-même, «l'intimé savait depuis le début ce qui lui était reproché. Il avait été informé, au moment de son arrestation, que la période pertinente pendant laquelle il aurait agressé sexuellement la plaignante était celle pendant laquelle il habitait dans la maison des parents de cette dernière» (p. 567). Par conséquent, l'amendement de l'acte d'accusation et la réouverture de l'enquête à cette fin n'ont ni causé ni pu causer un préjudice quelconque à l'intimé. Mais avant d'entreprendre un examen plus approfondi de ces deux points, il peut être utile de rappeler le contexte dans lequel les requêtes en question ont été présentées.

Le contexte

Les accusations en cause se rapportent à des infractions sexuelles commises contre une fillette de moins de 14 ans par son oncle adulte. Au moment du procès, la plaignante avait 16 ans. Les infractions ayant été commises environ huit ans auparavant, alors que l'intimé vivait chez les parents de la plaignante, cette dernière a eu de la difficulté à se souvenir des dates exactes. À cet égard, comme le fait remarquer le Juge en chef,

have accepted that, in cases involving offences and particularly sexual offences against young children, absolute precision with respect to the timing of an alleged offence will often be unrealistic and unnecessary" (p. 567). See *Vézina v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, and *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122.

This Court's reasons in *R. v. B. (G.)*, *supra*, which thoroughly dealt with the issue of amendment, are particularly apposite to the case at hand. In that case, three young offenders were charged with having sexually assaulted a seven-year-old girl between December 2 and 20, 1985. The young complainant, who was eight years old at the time of the trial, testified that the assault had occurred during the winter she was in grade one. Her mother supported her testimony and attested that the complainant had experienced various problems such as bed-wetting and nightmares during late 1985 and 1986. Following this testimony, counsel for the defence pointed out that the complainant had, in fact, been in grade one in the fall of 1984 and not 1985. The Crown sought to amend the indictment to read between November 1, 1985 and December 20, 1985. The trial judge refused to allow the amendment and the three accused were acquitted. On appeal to the Ontario Court of Appeal, the acquittal was overturned on the basis that the time of the offence was not an essential element of the crime. On further appeal, the judgment of the Court of Appeal was upheld. Wilson J. for the Supreme Court said (at p. 40):

> balance ... must be maintained between eschewing unnecessary technicalities and the right of an accused to make full answer and defence....

According to her, as long as the accused was provided with enough information in the indictment to identify the circumstances of the charge and to prepare a defence to these accusations, time was not

«les tribunaux, y compris notre Cour, ont admis que, dans les affaires où il est question d'infractions et particulièrement d'infractions de nature sexuelle contre de jeunes enfants, une précision absolue quant au moment où l'infraction aurait été commise est souvent irréaliste et inutile» (p. 567). Voir *Vézina c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122.

Dans l'affaire *R. c. B. (G.)*, précitée, la Cour a fait une étude approfondie de la question de l'amendement et cette décision est particulièrement pertinente ici. Dans cette affaire, trois jeunes contrevenants étaient accusés d'avoir agressé sexuellement une fillette de sept ans entre les 2 et 20 décembre 1985. La jeune plaignante, qui avait huit ans lors du procès, a témoigné que l'agression avait eu lieu pendant l'hiver où elle était en première année. Son témoignage a été étayé par celui de sa mère qui a déclaré que la plaignante avait éprouvé divers problèmes, comme des incontinences nocturnes et des cauchemars à la fin de 1985 et en 1986. À la suite de ce témoignage, l'avocat de la défense a fait remarquer que la plaignante avait, en fait, été en première année à l'automne de 1984 et non de 1985. Le ministère public a présenté une requête en amendement de l'acte d'accusation pour que la période mentionnée soit celle du 1er novembre au 20 décembre 1985. Le juge du procès a refusé l'amendement et les trois accusés ont été acquittés. En appel devant la Cour d'appel de l'Ontario, l'acquittement a été annulé pour le motif que la date de la perpétration n'était pas un élément essentiel de l'infraction. En appel, l'arrêt de la Cour d'appel a été confirmé. Le juge Wilson affirme, au nom de la Cour suprême, à la p. 40:

> ... l'équilibre [doit être maintenu] entre l'élimination d'un formalisme inutile et le droit d'un accusé de présenter une réponse et une défense pleines et entières ...

D'après le juge Wilson, pourvu que l'acte d'accusation fournisse à l'accusé suffisamment de renseignements pour lui permettre de connaître les circonstances de l'infraction qui lui est reprochée et

an essential element of the offence of sexual assault.

The present day context of child sexual abuse indicates that each year, in Canada, the number of children who are victims of sexual abuse increases (Report of the Committee on Sexual Offences Against Children and Youths, *Sexual Offences Against Children* (1984)). In fact, according to the Department of Justice, Research Section in *Sexual Assault Legislation in Canada: An Evaluation*, (Report No. 5 1990), at p. 28, reports of sex crimes increased over 100 percent to 29,111 offences across Canada from 1983 to 1988. Further, some researchers estimate that almost 80 percent of sex crimes are committed against children and teenagers (N. Bala and M. Bailey, "Canada: Recognizing the Interests of Children" (1992-93), 31 *J. Fam. L.* 283, at p. 292).

Judicial recognition of this reality, however, is not new and has, in fact, been commented on by our Court in *R. v. W. (R.)*, *supra*, by McLachlin J., whose remarks are very apposite to the situation at hand at p. 133:

> One finds emerging a new sensitivity to the peculiar perspectives of children. Since children may experience the world differently from adults, it is hardly surprising that details important to adults, like time and place, may be missing from their recollection. Wilson J. recognized this in *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30, at pp. 54-55, when, in referring to submissions regarding the court of appeal judge's treatment of the evidence of the complainant, she said that
>
> > . . . it seems to me that he was simply suggesting that the judiciary should take a common sense approach when dealing with the testimony of young children and not impose the same exacting standard on them as it does on adults. . . . While children may not be able to recount precise details and communicate the when and where of an event with exactitude, this does not mean that they have misconceived what happened to them and who did it.

It is crucial that similar considerations be had in the case at hand. Mere technicalities cannot be allowed to hamper the administration of justice,

de préparer sa défense, la date de la perpétration ne constitue pas un élément essentiel de l'infraction d'agression sexuelle.

Au Canada, le nombre d'enfants victimes d'abus sexuels s'accroît d'année en année (Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes, *Infractions sexuelles à l'égard des enfants* (1984)). En fait, d'après ce qu'indique la Section de la recherche du ministère de la Justice dans *La loi sur les agressions sexuelles au Canada, une évaluation* (rapport nº 5 1990), à la p. 34, au cours de la période de 1983 à 1988, le chiffre de crimes sexuels signalés a atteint les 29 111 au Canada, soit une augmentation de plus du double. En outre, certains chercheurs estiment que presque 80 pour 100 de ces crimes sont commis contre des enfants et des adolescents (N. Bala et M. Bailey, «Canada: Recognizing the Interests of Children» (1992-93), 31 *J. Fam. L.* 283, à la p. 292).

La reconnaissance de ce phénomène par les tribunaux ne date cependant pas d'hier. En fait, notre Cour l'a commenté dans l'arrêt *R. c. W. (R.)*, précité, où les remarques que fait le juge McLachlin, à la p. 133, sont très pertinentes en ce qui concerne la situation dont nous sommes saisis:

> On porte maintenant plus attention aux perspectives particulières des enfants. Ces derniers peuvent voir le monde différemment des adultes; il n'est donc guère surprenant qu'ils puissent oublier des détails qui, comme le moment et l'endroit, sont importants aux yeux de l'adulte. Le juge Wilson l'a reconnu dans l'arrêt *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30, aux pp. 54 et 55 où, quant aux arguments visant le traitement du témoignage de la plaignante par le juge de la cour d'appel, elle dit ceci:
>
> > . . . il me semble qu'il laisse entendre simplement que les juges devraient adopter une position fondée sur le bon sens lorsqu'ils traitent du témoignage de jeunes enfants et éviter de leur imposer les mêmes normes exigeantes qui sont applicables aux adultes. [. . .] Il se peut que les enfants ne soient pas en mesure de relater des détails précis et de décrire le moment ou l'endroit avec exactitude, mais cela ne signifie pas qu'ils se méprennent sur ce qui leur est arrivé et qui l'a fait.

De telles considérations sont cruciales dans la présente affaire. L'administration de la justice ne saurait être entravée par de simples formalités, surtout

especially in the context of child sexual abuse, particularly when no prejudice of any kind can result to the accused.

The Reopening of the Crown's Case

In the Chief Justice's opinion the trial judge erred in allowing the Crown to reopen its case at such a late stage in the proceedings, particularly since, in his view, the respondent was prejudiced because he had begun to answer the case against him by stating that he would be calling three witnesses one of whom would testify as to his alibi during the period mentioned in the indictment, that is the summer of 1982. In reaching his determination, the Chief Justice reviews the leading case of *Robillard v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 728, and, although he agrees with Pigeon J. that a trial judge has a wide discretion to reopen a case, he suggests that *Robillard* should be limited to its own facts. In so doing, the Chief Justice attaches great significance to the stage of the trial when such reopening was allowed. I disagree. In my view, unless *Robillard* is overruled, it is the law and it cannot be distinguished from the facts of this case, even limited to its own facts.

In *Robillard*, the Supreme Court abolished the artificial distinction historically made between the discretion to allow the reopening of the Crown's case before, as opposed to after, the defence has commenced answering the case against it. The appellant Robillard was charged with armed robbery. An accomplice identified him at the preliminary inquiry as one of the robbers, but refused to testify at the trial. The evidence given at the preliminary inquiry was read to the jury at the trial and the Crown closed its case. The accused did not call any evidence and the defence closed its case. After the Crown had addressed the jury, counsel for the accused argued, in his address to the jury, that the appellant had not been identified at trial as the "Robillard" referred to in the accomplice's testimony. As a result, the Crown moved that the inquiry be reopened to permit evidence to be adduced on the identification issue. The trial judge

dans le contexte d'abus sexuels dont sont victimes des enfants et particulièrement lorsqu'aucun préjudice ne saurait en résulter pour l'accusé.

La réouverture de la preuve du ministère public

De l'avis du Juge en chef, le juge du procès a commis une erreur en permettant au ministère public de réouvrir sa preuve à un stade aussi avancé du procès, d'autant plus que, selon lui, l'intimé a subi un préjudice du fait qu'il avait commencé à répondre à la preuve présentée contre lui en déclarant qu'il citerait trois témoins, dont l'un déposerait relativement à son alibi pour la période mentionnée dans l'acte d'accusation, c'est-à-dire l'été 1982. En arrivant à cette conclusion, le Juge en chef examine l'arrêt de principe *Robillard c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 728, et, quoiqu'il souscrive à l'opinion du juge Pigeon selon laquelle le juge du procès a un large pouvoir discrétionnaire de permettre la réouverture de la preuve, il affirme que cet arrêt devrait être limité à ses propres faits. Ce faisant, le Juge en chef attache beaucoup d'importance à l'étape du procès à laquelle la réouverture a été autorisée. Je ne partage pas cet avis. Selon moi, tant qu'il n'aura pas été renversé, l'arrêt *Robillard* établit la règle applicable et, même limité à ses propres faits, il ne saurait être distingué d'avec la présente affaire.

Dans l'arrêt *Robillard*, la Cour suprême a aboli la distinction artificielle archaïque entre le pouvoir discrétionnaire de permettre la réouverture de la preuve du ministère public avant plutôt qu'après que la défense ait commencé à y répondre. L'appelant Robillard était accusé de vol à main armée. Un complice, qui l'avait identifié à l'enquête préliminaire comme l'un des voleurs, a refusé de témoigner au procès. La déposition faite à l'enquête préliminaire a été lue au jury lors du procès et le ministère public a déclaré sa preuve close. L'accusé n'a cité aucun témoin et la défense a déclaré sa preuve close. Après l'adresse du ministère public au jury, l'avocat de l'accusé a soutenu devant les jurés que l'appelant n'avait pas été identifié au procès comme le «Robillard» mentionné dans le témoignage du complice. Le ministère public a donc demandé la réouverture de l'enquête afin de faire une preuve d'identification. Le juge

granted the Crown's motion and the appellant was convicted. Both the Quebec Court of Appeal and the Supreme Court of Canada dismissed the appeal. Pigeon J., writing for the unanimous Court, held (at p. 732):

A trial judge may allow the Crown to submit additional evidence after the Crown has closed its case, and this discretionary power is not subject to the strict limitation mentioned by Sloan J.A. in *Kishen Singh*.

In his reasons, Pigeon J. expressly rejected Sloan J.A.'s comments in *R. v. Kishen Singh* (1941), 76 C.C.C. 248 (B.C.C.A.), at p. 251, that the trial judge's power to reopen exists only if "some matter arises *ex improviso* which no human ingenuity could have foreseen". On the contrary, Pigeon J. clearly stated (at pp. 732 and 733) that:

> (1) the trial judge has the discretionary power to permit the correction of an omission or inadvertence in the evidence; and
>
> (2) such discretionary power should not be interfered with unless an injustice has resulted.

Applying these principles to the facts, Pigeon J. was of the view that the fact that the defence had closed its case was not a factor to be taken into consideration in the review of the trial judge's exercise of discretion. *Robillard* clearly provides that, whether the Crown seeks to reopen its case before or after the defence has closed its case, the trial judge may exercise his or her discretion to reopen the case in order to correct an omission in the evidence on the sole condition that no unfairness to the opposing party results. In brief, although it may be more likely that there will be prejudice from the fact that the reopening of the case occurred at a late stage of the trial as the Chief Justice noted, it will not automatically be the case, even if such reopening occurred after the defence had closed its case.

du procès a fait droit à la requête et l'appelant a été déclaré coupable. L'appel devant la Cour d'appel du Québec et le pourvoi devant la Cour suprême du Canada ont tous deux été rejetés. Le juge Pigeon, qui a rédigé les motifs unanimes de la Cour suprême, affirme, à la p. 732:

Le juge qui préside un procès a le pouvoir de permettre la réouverture de l'enquête et c'est un pouvoir discrétionnaire qui n'est pas assujetti à la restriction rigoureuse dont le juge Sloan a fait état dans l'affaire *Kishen Singh*.

Dans ses motifs, le juge Pigeon rejette expressément les commentaires du juge Sloan à la p. 251 de l'arrêt *R. c. Kishen Singh* (1941), 76 C.C.C. 248 (C.A.C.-B.), selon lesquels le juge du procès n'a le pouvoir de permettre la réouverture de l'enquête que si [TRADUCTION] «un fait, qu'aucun esprit humain n'aurait pu prévoir, survient à l'improviste». Au contraire, le juge Pigeon affirme clairement (aux pp. 732 et 733):

> (1) que le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de permettre qu'il soit remédié à une omission ou à une faute d'inattention dans la preuve, et
>
> (2) qu'il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire à l'encontre duquel il n'y a lieu d'intervenir que s'il est démontré qu'une injustice en a résulté.

Appliquant ces principes aux faits, le juge Pigeon a estimé que la clôture de la preuve de la défense n'était pas un facteur à prendre en considération dans l'examen de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. L'arrêt *Robillard* établit clairement que, lorsque le ministère public demande la réouverture de l'enquête avant ou après la clôture de la preuve de la défense, le juge du procès peut exercer son pouvoir discrétionnaire de permettre la réouverture afin de remédier à une omission dans la preuve, à la seule condition qu'il n'en résulte aucune injustice pour la partie adverse. Bref, même si la réouverture de la preuve à un stade avancé du procès est davantage susceptible de causer un préjudice, comme l'a souligné le Juge en chef, ce ne sera pas automatiquement le cas même si cette réouverture survient après que la défense ait déclaré sa preuve close.

This Court's conclusion in *Robillard* is consistent with earlier jurisprudence. Pigeon J. (at p. 733) cited *R. v. Huluszkiw* (1962), 37 C.R. 386 (Ont. C.A.) as authority for the proposition that a trial judge's discretionary power to allow a reopening of the case should not be interfered with unless it is unfair. In *Huluszkiw*, McLennan J.A., allowing the reopening and the appeal, held (at p. 390):

> It would be unfortunate if the ends of justice were defeated by the inadvertence of counsel in failing to prove what is essentially a matter of form in relation to procedure and provided always that the calling of further evidence, whatever its character, is for an honest purpose and that there are no unfair consequences to the opposite party so far as the presentation of that case is concerned. [Emphasis added.]

Robillard has been both applied and further developed in subsequent cases. In *R. v. Assu* (1981), 64 C.C.C. (2d) 94, a case of drug possession, the British Columbia Court of Appeal, referring to its previous decision in *R. v. Champagne*, [1970] 2 C.C.C. 273, allowed the appeal on the ground that the trial judge had erred in denying the Crown's motion to reopen the inquiry in order to prove the nature and the quality of the substance described in the certificate of analyst. Notwithstanding the fact that the Crown made the request to reopen its case in the middle of the defence evidence, Carrothers J.A. made no distinction as to the moment when the application to reopen the inquiry is made, when he said (at p. 96):

> ... the ends of justice are not to be defeated by inadvertence of counsel in a matter of form in relation to procedure and where there is no prejudice and no unfair consequences to the opposite party so far as the presentation of the case is concerned.

Similarly, in *Thatcher v. The Queen*, [1986] 2 W.W.R. 97 (appeal dismissed by the Supreme Court of Canada but on grounds not dealing with the reopening, [1987] 1 S.C.R. 652), the majority of the Saskatchewan Court of Appeal dismissed Thatcher's appeal on the ground that the rule in

La conclusion de notre Cour dans l'affaire *Robillard* est compatible avec la jurisprudence antérieure. Le juge Pigeon (à la p. 733) cite l'arrêt *R. c. Huluszkiw* (1962), 37 C.R. 386 (C.A. Ont.), à l'appui de la proposition selon laquelle il n'y a pas lieu de s'immiscer dans le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de permettre la réouverture de l'enquête, à moins qu'il ne l'ait exercé d'une manière injuste. Dans l'arrêt *Huluszkiw*, le juge McLennan, qui a accueilli l'appel et autorisé la réouverture, affirme (à la p. 390):

> [TRADUCTION] Il serait regrettable que les fins de la justice soient contrecarrées parce qu'un avocat a omis par inadvertance ce qui constitue essentiellement une formalité, à condition toujours que la présentation d'une preuve supplémentaire, quelle qu'en soit la nature, soit faite de bonne foi et qu'il n'en résulte aucune conséquence injuste pour la partie adverse. [Je souligne.]

Le principe énoncé dans l'arrêt *Robillard* a été à la fois appliqué et développé davantage dans la jurisprudence subséquente. Dans *R. c. Assu* (1981), 64 C.C.C. (2d) 94, une affaire de possession de stupéfiants, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, se référant à son arrêt précédent *R. c. Champagne*, [1970] 2 C.C.C. 273, a accueilli l'appel pour le motif que le juge du procès avait commis une erreur en rejetant la requête du ministère public visant à obtenir la réouverture de l'enquête afin d'établir la nature et la qualité de la substance décrite dans le certificat d'analyse. Même si le ministère public a demandé la réouverture de sa preuve en plein milieu de la preuve de la défense, le juge Carrothers ne fait aucune distinction quant au moment où la demande de réouverture de l'enquête est faite, lorsqu'il affirme, à la p. 96:

> [TRADUCTION] ... les fins de la justice ne doivent pas être contrecarrées par l'inattention de l'avocat relativement à une formalité et quand il n'en résulte aucun préjudice ni aucune conséquence injuste pour la partie adverse en ce qui concerne la présentation de la preuve.

De même, dans l'affaire *Thatcher c. The Queen*, [1986] 2 W.W.R. 97 (pourvoi rejeté par la Cour suprême du Canada, mais pour des motifs étrangers à la réouverture, [1987] 1 R.C.S. 652), la Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté, à la majorité, l'appel de Thatcher pour le motif que le juge du

Robillard, supra, had been correctly applied by the trial judge. In the view of the Court of Appeal, the trial judge properly exercised his discretion in allowing the Crown, following the receipt of new information, to reopen its case to call a witness, regardless of the fact that the defence was by then closed. (See also *R. v. Karens*, B.C. Co. Ct., Vernon Reg. No. 14035, January 31, 1986, [1986] B.C.J. No. 2165 (QL), and *Protection de la jeunesse — 449*, [1990] R.J.Q. 2367 (Ct. Qué., Youth Div.), which have applied and expanded on *Robillard, supra.*)

This brief overview of the jurisprudence prior to and following this Court's judgment in *Robillard, supra*, makes it amply clear that a trial judge has wide discretion to allow the reopening of the case and that such discretion, as long as it is exercised in a manner which does not result in injustice or prejudice to the parties, should not be interfered with. Although it may be that, in certain circumstances, it will be more likely that prejudice may arise if the case is reopened later rather than earlier in the trial, in my view, *Robillard* has definitely eliminated the distinction between cases where the reopening is sought prior to and those where such reopening is sought after the defence has started to answer the case against it, where no prejudice is demonstrated. The Chief Justice's analysis is predicated, in my view, on the very narrow and legalistic approach which prevailed before *Robillard* and which *Robillard* has definitely abolished. In fact, the Chief Justice's treatment of the reopening of cases virtually overrules *Robillard*, an issue which was neither pleaded before us nor was the parties' contention.

The respondent's whole argument rests on the alleged prejudice resulting from the fact that he could no longer present an alibi defence as regards the amended period during which the alleged assaults occurred and that he was prejudiced by advancing a certain strategy. It is clear, and the Chief Justice himself agrees that, in the circumstances of this case, no prejudice could have

procès avait correctement appliqué la règle formulée dans l'arrêt *Robillard*, précité. D'après la Cour d'appel, ce dernier avait exercé correctement son pouvoir discrétionnaire en autorisant le ministère public, à la suite de la divulgation de nouveaux renseignements, à réouvrir sa preuve pour citer un témoin, indépendamment du fait que la preuve de la défense était alors close. (Voir aussi les décisions *R. c. Karens*, C. cté de la Colombie-Britannique, nº de greffe de Vernon 14035, 31 janvier 1986, [1986] B.C.J. No. 2165 (QL), et *Protection de la jeunesse — 449*, [1990] R.J.Q. 2367 (C.Q., Ch.j.), où on a appliqué et développé le principe énoncé dans l'arrêt *Robillard*, précité.)

Il se dégage très nettement de ce bref survol de la jurisprudence antérieure et postérieure à l'arrêt *Robillard*, précité, de notre Cour que le juge du procès a un large pouvoir discrétionnaire de permettre la réouverture de l'enquête et qu'il n'y a pas lieu de s'immiscer dans ce pouvoir dans la mesure où il n'est pas exercé de manière à causer une injustice ou un préjudice aux parties. Bien qu'il se puisse que, dans certaines circonstances, la réouverture de l'enquête vers la fin du procès plutôt que vers le début risque davantage de causer un préjudice, j'estime que l'arrêt *Robillard* a, dans le cas où aucun préjudice n'est établi, éliminé définitivement la distinction entre la demande de réouverture faite avant que la défense ait commencé à répondre à la preuve produite contre elle et celle faite après. L'analyse du Juge en chef repose, selon moi, sur l'approche très rigide et formaliste qui avait cours antérieurement à l'arrêt *Robillard* et que celui-ci a définitivement abolie. En fait, la façon dont le Juge en chef traite la réouverture de la preuve revient pratiquement à renverser l'arrêt *Robillard*, ce qui n'a pas été plaidé devant nous et n'est pas un argument avancé par les parties.

Toute la thèse de l'intimé repose sur le préjudice qu'il aurait subi du fait qu'il ne pouvait plus fournir d'alibi relativement à la nouvelle période pendant laquelle les agressions auraient été commises et sur le fait que le recours à une certaine stratégie lui était préjudiciable. Il est évident, et le Juge en chef lui-même en convient, que, dans les circonstances de la présente affaire, l'intimé n'a pu subir

ensued to the respondent from the fact that the dates do reflect the evidence and the defence of alibi could no longer succeed on these facts.

Contrary to what the Chief Justice asserts, the reopening of the Crown's case in no way affected the case against the accused. The offence was one of indecent assault and sexual intercourse with the complainant who was under 14 years of age while the respondent lived at the complainant's parents' house. The dates were immaterial; the respondent knew throughout that the acts were alleged to have occurred when he lived with the complainant and her family. There was no prejudice or denial of full answer and defence in depriving the defence of the opportunity of relying on an irrelevant detail by allowing the Crown to submit fresh evidence which did not change the essential features of the case which the defence had to meet. The key to this flexibility is, in my view, rooted in *B. (G.)*, *supra*, in which this Court recognized the difficulties of pinpointing the exact date of sexual assaults against children and the need to accommodate this difficulty in our criminal justice system. A similar approach was advanced by the English Court of Appeal in *R. v. Scott* (1984), 79 Cr. App. R. 49, in which the court overturned the rule laid down in *R. v. Pilcher* (1974), 60 Cr. App. R. 1, and concluded that the reopening will depend on the discretion of the trial judge and what could reasonably have been foreseen based on the facts of the particular case and, finally, whether there is prejudice on the specific facts of the case.

The only reason that the Crown sought to reopen its case was because the young abuse victim could not recall the precise dates of events which occurred eight years earlier, although she was able to identify the period during which it occurred, a period the respondent himself recognized. Common sense dictates that the same exacting standard cannot apply in such circumstances as it perhaps should in others. In light of the context of child

aucun préjudice du fait que les dates correspondent à la preuve et que l'alibi ne pouvait plus être invoqué avec succès d'après ces faits.

Contrairement à ce qu'affirme le Juge en chef, la réouverture de la preuve du ministère public n'a pas eu la moindre incidence sur la preuve présentée contre l'accusé. Les infractions reprochées à l'intimé étaient d'avoir attenté à la pudeur de la plaignante et d'avoir eu avec elle des rapports sexuels alors qu'elle avait moins de 14 ans, pendant qu'il avait vécu chez les parents de la plaignante. Les dates étaient sans importance; l'intimé a toujours su que les faits qu'on lui reprochait étaient survenus pendant qu'il vivait avec la plaignante et sa famille. L'intimé n'a subi aucun préjudice ni été privé d'une défense pleine et entière du fait qu'on a omis de lui donner l'occasion de s'appuyer sur un détail non pertinent en permettant au ministère public de produire de nouveaux éléments de preuve qui n'ont rien changé aux aspects essentiels de la preuve à laquelle la défense devait répondre. Cette flexibilité relève, à mon avis, de l'arrêt *B. (G.)*, précité, où notre Cour a reconnu la difficulté de déterminer la date exacte d'agressions sexuelles commises contre des enfants et la nécessité de composer avec cette difficulté dans notre système de justice criminelle. Une approche semblable a été proposée dans l'arrêt *R. c. Scott* (1984), 79 Cr. App. R. 49, où la Cour d'appel anglaise a écarté la règle énoncée dans *R. c. Pilcher* (1974), 60 Cr. App. R. 1, et a conclu que la réouverture de la preuve sera sujette à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, à ce qui aurait été raisonnablement prévisible dans les circonstances et, enfin, à la question de savoir s'il y a préjudice au regard des faits précis de l'affaire.

La seule raison pour laquelle le ministère public a demandé la réouverture de l'enquête était que la jeune victime d'agressions sexuelles ne pouvait se rappeler exactement la date d'événements survenus huit ans auparavant, quoiqu'elle ait été capable d'indiquer la période, reconnue par l'intimé lui-même, au cours de laquelle ils s'étaient produits. Le bon sens commande que, dans de telles circonstances, on ne puisse appliquer la même norme

sexual abuse and the difficulty that children have in determining exact dates and times of occurrences and, most often, have to rely on recollections of surrounding events as well as the assistance of others, courts must not unduly limit and complicate the trial judge's discretion to reopen the case with inordinate technicalities. The reopening of the Crown's case was, in the words of McLennan J.A. in *Huluszkiw*, "for an honest purpose and ... there are no unfair consequences to the [respondent] so far as the presentation of that case is concerned" (p. 390). The respondent always knew the case to be met and that he was accused of having fondled the complainant and of having sexual intercourse with her on two occasions during the summer that he lived with the complainant and her family, particularly during the weekend that the respondent was responsible for baby-sitting her. The test for injustice, in my view, is one of actual prejudice to the defence and in the case at hand no such prejudice was suffered by the respondent. The Crown did not seek to reopen its case as a consequence of the defence statements but, rather, in order to remedy an inaccurate testimony that arose through human error. Since the defence counsel was able to seek an adjournment and re-cross-examine the witness, any minimal inconvenience that may have arisen could easily have been remedied. Although I agree with the Chief Justice that there must be great value placed on the right of an accused to silence and the presumption against self-incrimination, in my view these rights have not been violated in the case at hand and the reopening of this case clearly meets the limited circumstances set out in *Robillard*. The trial judge properly allowed the Crown to reopen its case in order to accord with the principles advanced by this Court in *B. (G.)*, *supra*, and to correct a simple matter of inadvertence given the fact that time is generally not an essential aspect of the offence of sexual assault in cases involving

rigoureuse qui devrait peut-être s'appliquer dans d'autres cas. Vu le contexte des abus sexuels dont sont victimes des enfants et la difficulté qu'éprouvent ces derniers à déterminer la date et l'heure exactes de ces incidents, et du fait qu'ils se voient très souvent obligés de s'en remettre au souvenir qu'ils ont d'événements qui les ont entourés et à l'assistance d'autrui, les tribunaux ne doivent pas, par un formalisme excessif, limiter indûment le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de réouvrir la preuve, ni en compliquer l'exercice. Pour reprendre les propos du juge McLennan dans l'arrêt *Huluszkiw*, la réouverture de la preuve du ministère public a été faite [TRADUCTION] «de bonne foi et [...] il n'en résulte aucune conséquence injuste pour l'[intimé] en ce qui concerne la présentation de cette preuve» (p. 390). L'intimé a toujours su quelle preuve il devait réfuter et qu'il était accusé d'avoir attenté à la pudeur de la plaignante et d'avoir eu des rapports sexuels avec elle à deux reprises au cours de l'été où il a habité avec la plaignante et sa famille et, plus particulièrement, au cours de la fin de semaine pendant laquelle il avait été chargé de garder la plaignante. Selon moi, le critère applicable pour déterminer s'il y a injustice est celui du préjudice réel pour la défense et, en l'espèce, l'intimé n'en a subi aucun. Le ministère public a demandé à réouvrir sa preuve non pas en raison des déclarations de la défense, mais plutôt pour corriger un témoignage inexact résultant d'une erreur humaine. Comme l'avocat de la défense a pu obtenir un ajournement et contre-interroger de nouveau le témoin, il aurait été facile de remédier au moindre inconvénient qui aurait pu résulter. Bien que partageant l'avis du Juge en chef quant à la grande importance à attacher au droit d'un accusé de garder le silence et à son droit de ne pas s'incriminer, j'estime qu'il n'y a eu en l'espèce aucune violation de ces droits et que la réouverture de l'enquête dans la présente affaire rencontre les circonstances limitées dont il est question dans l'arrêt *Robillard*. C'est à bon droit que le juge du procès a permis au ministère public de réouvrir sa preuve en conformité avec les principes avancés par notre Cour dans l'arrêt *B. (G.)*, précité, et pour corriger une simple faute d'inadvertance, la période au cours de laquelle une agression sexuelle a été commise contre un enfant ne constituant pas un aspect essentiel de l'infraction.

children. Thus, in so doing, no injustice arose to the respondent M.B.P.

Finally, it is clear, in my view, that the reopening and amendment will often be closely linked in cases of child sexual assault. With this in mind, I now turn to the issue of the amendment.

The Amendment

The *Criminal Code*, s. 601, specifically confers on a trial judge the discretion to permit an amendment to the indictment in the absence of prejudice. More specifically still, s. 601(4.1) deals with amending the time period mentioned in an indictment. This section was added in 1985 (S.C. 1985, c. 19, s. 123(3)) and codifies the common law rule that the date of an offence need not be proven unless it is an "essential element" of the offence pursuant to *R. v. Dossi* (1918), 13 Cr. App. R. 158 (C.C.A.).

The respondent's main argument rests on the defence of alibi which, in his view, he intended to use and could have used as regards the period mentioned in the amended indictment, alleging the abuse to have occurred between January 1, 1982 to January 1, 1983. As the Chief Justice points out (at p. 567), "[t]he fact that an accused may have an alibi for the period (or part of the period) described in an indictment does not necessarily or automatically "freeze" the dates specified in that indictment. That is to say, there is no vested right to a given alibi. Alibi evidence must respond to the case as presented by the Crown, and not the other way around." Besides, the availability of a particular defence is no bar to the application of s. 601, just as a defence prompted by a simple error or inadvertence by a complainant or Crown cannot be in the interest of justice. This is precisely why s. 601 was enacted — to avoid having technicalities impair the truth-seeking function of the courts. It seems to me that the amendment here sought by the Crown was precisely for those reasons and fell squarely within the trial judge's discretion. The trial judge, who had heard all the evidence

Ce faisant, il n'en est résulté aucune injustice pour l'intimé M.B.P.

Enfin, il est clair, selon moi, que la réouverture de l'enquête et l'amendement de l'acte d'accusation seront souvent étroitement liées dans les cas d'agression sexuelle commise contre un enfant. C'est en gardant cela à l'esprit que je passe maintenant à la question de l'amendement.

L'amendement

L'article 601 du *Code criminel* confère expressément au juge du procès le pouvoir discrétionnaire d'autoriser l'amendement d'un acte d'accusation, en l'absence de préjudice. Plus précisément, le par. 601(4.1) traite de l'amendement de la date de l'infraction mentionnée dans l'acte d'accusation. Ce paragraphe, qui a été ajouté en 1985 (S.C. 1985, ch. 19, par. 123(3)), codifie la règle de common law voulant que la date de l'infraction n'ait à être prouvée que si elle en constitue un «élément essentiel» au sens de l'arrêt *R. c. Dossi* (1918), 13 Cr. App. R. 158 (C.C.A.).

L'argument principal de l'intimé repose sur un alibi qu'à son avis il avait l'intention d'invoquer et qu'il aurait pu invoquer à l'égard de la période mentionnée dans l'acte d'accusation amendé, selon lequel les agressions sexuelles auraient eu lieu entre le 1er janvier 1982 et le 1er janvier 1983. Comme le fait remarquer le Juge en chef (à la p. 567), «[l]e fait qu'un accusé puisse avoir un alibi pour la période (ou une partie de la période) décrite dans un acte d'accusation ne «gèle» pas nécessairement ni automatiquement les dates précisées dans cet acte d'accusation. Autrement dit, il n'y a pas de droits acquis à un alibi donné. Un alibi doit être fourni en réponse à la preuve présentée par le ministère public et non l'inverse.» D'ailleurs, la possibilité de se prévaloir d'un moyen de défense donné n'est pas un obstacle à l'application de l'art. 601, tout comme le recours à un moyen de défense qui tient à une simple erreur ou inattention de la part du plaignant ou du ministère public ne saurait être dans l'intérêt de la justice. C'est précisément la raison pour laquelle l'art. 601 a été adopté, c'est-à-dire pour éviter que des formalités ne viennent entraver l'objectif de recherche de la

adduced by the Crown before allowing the amendment, was in the best position to assess whether or not the respondent was or could be prejudiced by the amendment. He clearly put his mind to it when he said:

> ... there is always difficulty of pinpointing the exact date because of the age of these complainants in trying to remember the time.
>
> ... the incidences are not changed, we are talking here of people trying to recall a certain date by certain events and the young complainant related it to the van trip. Somebody has made a mistake in the summer of the van trip. I do not believe that this will prejudice the accused in amending that date.

The Court of Appeal failed to recognize that a finding that the appellant has not been able to rely on the defence of alibi does not necessarily render the amendment prejudicial. In my view, as set out above, it is sufficient that the accused was aware of the case he had to meet and that the offences were alleged to have occurred during the summer he lived with the complainant and her family. As a consequence, the conclusion of the Court of Appeal that the amendment "materially changed" the case against the accused to an "altogether different case" is a distortion of the facts of the case at hand. The Court of Appeal erred in substituting its own assessment of the prejudice to the accused for that of the trial judge. Besides, there was no prejudice in this case since the respondent was fully aware of the period the complainant was referring to. The respondent's arguments must, accordingly, fail and the decision of the trial judge must be upheld.

Conclusion

In the result, I conclude that the trial judge properly exercised his discretion to allow both the reopening of the case and the amendment to the indictment. I would accordingly allow the appeal,

vérité des tribunaux. Il me semble que c'est justement pour ces raisons que le ministère public a requis l'amendement ici en cause et que cette requête en amendement relevait directement du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Le juge du procès, qui avait entendu la totalité de la preuve présentée par le ministère public avant d'autoriser l'amendement était le mieux placé pour déterminer si cet amendement portait préjudice à l'intimé ou était susceptible de le léser. Il s'est nettement penché sur cet aspect lorsqu'il a dit:

> [TRADUCTION] ... il est toujours difficile de déterminer la date exacte en raison de l'âge des plaignantes qui tentent de s'en souvenir.
>
> ... les incidences n'ont pas changé, il s'agit ici de personnes qui tentent de se rappeler d'une certaine date au moyen de certains événements et la jeune plaignante l'a associée au voyage en fourgonnette. Quelqu'un a commis une erreur au cours de l'été du voyage en fourgonnette. Je ne crois pas que la modification de cette date causera un préjudice à l'accusé.

La Cour d'appel n'a pas reconnu que le fait que l'appelant n'ait pu se prévaloir de sa défense d'alibi ne rend pas nécessairement l'amendement préjudiciable. À mon avis, comme je l'ai déjà dit, il suffit que l'accusé ait été au courant de la preuve qu'il avait à réfuter et que l'on ait allégué que les infractions ont été commises pendant l'été où il a vécu avec la plaignante et sa famille. Par conséquent, en concluant que l'amendement a «transformé[. . .] sensiblement en une preuve entièrement différente» la preuve présentée contre l'accusé, la Cour d'appel a dénaturé les faits de l'espèce. Elle a commis une erreur en substituant sa propre appréciation du préjudice subi par l'accusé à celle du juge du procès. D'ailleurs, aucun préjudice n'a été causé en l'espèce puisque l'intimé savait parfaitement de quelle période parlait la plaignante. Les arguments de l'intimé ne sauraient donc être retenus et la décision du juge du procès doit être confirmée.

Conclusion

En définitive, je conclus que le juge du procès a exercé de façon appropriée son pouvoir discrétionnaire de permettre la réouverture de l'enquête et l'amendement de l'acte d'accusation. En consé-

reverse the judgment of the Court of Appeal and restore the conviction.

Appeal dismissed, LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER *and* MCLACHLIN JJ. *dissenting.*

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

Solicitor for the respondent: Julian N. Falconer, Toronto.

quence, j'accueillerais le pourvoi, j'infirmerais l'arrêt de la Cour d'appel et je rétablirais la déclaration de culpabilité.

Pourvoi rejeté, les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER *et* MCLACHLIN *sont dissidents.*

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

Procureur de l'intimé: Julian N. Falconer, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Eugene Paul Power *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* POWER

File No.: 23566.

1993: December 3; 1994: April 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

Courts — Residual discretion of appellate court on appeal from acquittal where error at trial reasonably capable of affecting the verdict — Criminal Code providing for upholding the acquittal or ordering new trial — Charge of impaired driving causing death and injury — Proof of impaired driving required to found charge — Crown declining to call further evidence when breathalyzer evidence found inadmissible for alleged Charter violation — Accused acquitted — Evidence found to be wrongly excluded on appeal — Court of Appeal upholding acquittal and refusing to order new trial — Whether, on a trial by judge and jury, s. 686(4) of the Criminal Code (dealing with the power of courts of appeal on appeals from acquittals either to uphold the acquittal or to order a new trial) includes a residual discretion for a court of appeal to refuse to order a new trial where there was an error at trial which could reasonably have affected the verdict — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(4).

Criminal law — Appeal from acquittal — Courts — Residual discretion of appellate court on appeal from acquittal where error at trial reasonably capable of affecting the verdict — Criminal Code providing for upholding the acquittal or ordering new trial — Charge of impaired driving causing death and injury — Proof of impaired driving required to found charge — Crown declining to call further evidence when breathalyzer evidence found inadmissible for alleged Charter violation

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Eugene Paul Power *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* POWER

N° du greffe: 23566.

1993: 3 décembre; 1994: 14 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Tribunaux — Pouvoir discrétionnaire résiduel d'une cour d'appel saisie d'un appel contre l'acquittement dans un cas où une erreur commise au procès peut raisonnablement être considérée comme influant sur le verdict — Maintien de l'acquittement ou ordonnance d'un nouveau procès prévu au Code criminel — Accusation de conduite avec facultés affaiblies causant la mort et des lésions corporelles — Preuve de conduite avec facultés affaiblies nécessaire pour fonder l'accusation — Refus du ministère public de produire d'autres éléments de preuve après que la preuve obtenue au moyen de l'alcootest ait été jugée inadmissible parce qu'il y aurait eu violation de la Charte — Accusé acquitté — En appel, preuve jugée avoir été écartée à tort — Maintien par la Cour d'appel de l'acquittement et refus d'ordonner un nouveau procès — Dans le cas d'un procès devant un juge et un jury, l'art. 686(4) du Code criminel (portant sur le pouvoir des cours d'appel saisies d'appels interjetés contre des acquittements de maintenir l'acquittement ou d'ordonner un nouveau procès) confère-t-il à la cour d'appel un pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser d'ordonner un nouveau procès lorsqu'une erreur pouvant raisonnablement être considérée comme influant sur le verdict a été commise au procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(4).

Droit criminel — Appel d'un acquittement — Tribunaux — Pouvoir discrétionnaire résiduel d'une cour d'appel saisie d'un appel contre l'acquittement dans un cas où une erreur commise au procès peut raisonnablement être considérée comme influant sur le verdict — Maintien de l'acquittement ou ordonnance d'un nouveau procès prévu au Code criminel — Accusation de conduite avec facultés affaiblies causant la mort et des lésions corporelles — Preuve de conduite avec facultés

— Accused acquitted — Evidence found to be wrongly excluded on appeal — Court of Appeal upholding acquittal and refusing to order new trial — Whether, on a trial by judge and jury, s. 686(4) of the Criminal Code (dealing with the power of courts of appeal on appeals from acquittals either to uphold the acquittal or to order a new trial) includes a residual discretion for a court of appeal to refuse to order a new trial where there was an error at trial which could reasonably have affected the verdict.

Respondent was charged with impaired driving following a motor vehicle collision where one of his passengers was killed and another two injured. The constable attending at the accident advised respondent of his s. 10 *Charter* rights to be promptly informed of the reasons for his arrest and to retain and instruct counsel. He then formally demanded a breathalyzer sample from respondent who smelled of alcohol and was staggering. The constable in charge of respondent at the police station inquired as to whether he understood his right to contact counsel and helped him to do so. Both respondent and his lawyer knew that one of the passengers had died at the time of their first telephone consultation. After the consultation, respondent initially refused to provide a breath sample but relented when advised by the police that he would be charged with refusing to provide a sample. The lawyer and respondent consulted again before a second breath sample was taken.

At trial, respondent's lawyer objected to the admission of the results of the breath samples on the ground that the police had violated respondent's s. 10 *Charter* rights. The trial judge, on a *voir dire*, concluded respondent's *Charter* rights had been violated because he had not been made aware of the extent of the jeopardy which he faced before his consultation with his lawyer. He decided that the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter* for its admission would bring the administration of justice into disrepute. Crown counsel declined to call further evidence and the trial judge charged the jury to acquit. The Court of Appeal dismissed an appeal from the acquittal. At issue here was whether, with respect to a verdict on a trial by judge and jury, s. 686(4) of the *Criminal Code* (which deals with

affaiblies nécessaire pour fonder l'accusation — Refus du ministère public de produire d'autres éléments de preuve après que la preuve obtenue au moyen de l'alcootest ait été jugée inadmissible parce qu'il y aurait eu violation de la Charte — Accusé acquitté — En appel, preuve jugée avoir été écartée à tort — Maintien par la Cour d'appel de l'acquittement et refus d'ordonner un nouveau procès — Dans le cas d'un procès devant un juge et un jury, l'art. 686(4) du Code criminel (portant sur le pouvoir des cours d'appel saisies d'appels interjetés contre des acquittements de maintenir l'acquittement ou d'ordonner un nouveau procès) confère-t-il à la cour d'appel un pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser d'ordonner un nouveau procès lorsqu'une erreur pouvant raisonnablement être considérée comme influant sur le verdict a été commise au procès?

L'intimé a été accusé de conduite avec facultés affaiblies à la suite d'un accident de voiture dans lequel un de ses passagers a trouvé la mort et deux autres ont subi des blessures. Le policier qui s'est rendu sur les lieux de l'accident a avisé l'intimé de ses droits, aux termes de l'art. 10 de la *Charte*, d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation et d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Il a ensuite demandé officiellement un échantillon d'haleine à l'intimé, qui sentait l'alcool et titubait. Le policier à la garde duquel l'intimé avait été remis au poste de police lui a demandé s'il comprenait qu'il avait le droit de communiquer avec un avocat, et l'a aidé à le faire. L'intimé et son avocat savaient tous les deux, lors de leur première conversation téléphonique, que l'un des passagers était décédé. À la suite de la consultation, l'intimé a initialement refusé de fournir un échantillon d'haleine, mais s'est ravisé lorsque la police lui à fait savoir que cela donnerait lieu à une accusation de refus de fournir un échantillon. L'intimé a de nouveau consulté son avocat avant qu'un second échantillon ne soit prélevé.

Au procès, l'avocat de l'intimé, faisant valoir que la police avait violé les droits de l'intimé garantis par l'art. 10 de la *Charte*, s'est opposé à ce que les résultats des alcootests soient admis en preuve. Le juge du procès a conclu dans le cadre d'un voir-dire qu'il y avait eu atteinte aux droits que la *Charte* garantit à l'intimé, du fait qu'on ne lui avait pas fait connaître, avant qu'il ne consulte son avocat, toute l'ampleur du risque auquel il s'exposait. Il a décidé que la preuve devait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte* parce que son utilisation était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le substitut du procureur général a refusé de présenter d'autres éléments de preuve et le juge du procès a ordonné au jury de rendre un verdict d'acquittement. La Cour d'appel a rejeté l'appel contre l'acquitte-

the power of courts of appeal on appeals from acquittals either to uphold the acquittal or to order a new trial) included a residual discretion for a court of appeal to refuse to order a new trial where there was an error at trial which could reasonably have affected the verdict.

Held (Sopinka, Cory and Major JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: No abuse of process occurred here. Furthermore, s. 686(4) of the *Criminal Code* does not confer any discretion on a court of appeal other than the discretion to dismiss or allow an appeal. As a matter of law, principle and policy, the court of appeal is not empowered to inquire into prosecutorial discretion.

In criminal cases, courts have a residual discretion to remedy an abuse of the court's process but only in the "clearest of cases" — i.e., conduct which shocks the conscience of the community and is so detrimental to the proper administration of justice that it warrants judicial intervention. The evidence must be overwhelming that the proceedings under scrutiny are unfair to the point that they are contrary to the interest of justice. Since the Attorney General through his or her prosecutorial function expresses the community's sense of justice, the courts should be careful before attempting to "second-guess" the prosecutor's motives when he or she makes a decision. Where there is conspicuous evidence of improper motives or of bad faith or of an act so wrong that it violates the conscience of the community such that it would genuinely be unfair and indecent to proceed, then, and only then, should courts intervene to prevent an abuse of process which could bring the administration of justice into disrepute. Cases of this nature will be extremely rare.

Here, the conduct of the prosecution did not meet the high threshold required to constitute an abuse of process. There was no evidence that the Crown prosecutor's conduct was prompted by bad faith or an improper motive, nor did the prosecution intend to frustrate the administration of justice or even to circumvent the rules of criminal law regarding interlocutory appeals. Mis-

ment. Il s'agit en l'espèce de savoir si, en ce qui concerne un verdict rendu à l'issue d'un procès devant un juge et un jury, le par. 686(4) du *Code criminel* (portant sur le pouvoir des cours d'appel saisies d'appels interjetés contre des acquittements de maintenir l'acquittement ou d'ordonner un nouveau procès) confère à la cour d'appel un pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser d'ordonner un nouveau procès dans un cas où a été commise au procès une erreur pouvant raisonnablement être considérée comme influant sur le verdict.

Arrêt (les juges Sopinka, Cory et Major sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: Aucun abus de procédure n'a été commis dans la présente affaire. En outre, le par. 686(4) du *Code criminel* ne confère pas à une cour d'appel un pouvoir discrétionnaire autre que celui de rejeter ou d'accueillir un appel. Ni en droit ni en principe, une cour d'appel n'est investie du pouvoir d'intervenir dans le pouvoir discrétionnaire de la poursuite.

Dans les affaires criminelles, les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire résiduel de remédier à un abus de la procédure de la cour, mais uniquement dans les «cas les plus manifestes», c.-à-d. lorsqu'il y a un comportement qui choque la conscience de la collectivité et porte préjudice à l'administration régulière de la justice au point qu'il justifie une intervention des tribunaux. Il doit y avoir une preuve accablante que les procédures examinées sont injustes au point qu'elles sont contraires à l'intérêt de la justice. Puisque le procureur général, de par sa fonction de poursuivant, exprime le sens de justice de la collectivité, les tribunaux devraient être prudents avant de s'adonner à des conjectures rétrospectivement sur les motifs qui poussent le poursuivant à prendre une décision. Si la preuve démontre clairement l'existence de motifs illégitimes, de mauvaise foi ou d'un acte si fautif qu'il viole la conscience de la collectivité à un point tel qu'il serait vraiment injuste et indécent de continuer, alors, et alors seulement, les tribunaux devraient intervenir pour empêcher un abus de procédure susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Les cas de cette nature seront extrêmement rares.

En l'espèce, la poursuite n'a pas atteint le seuil élevé de l'abus de procédure. Il n'y a aucune preuve que le comportement du substitut du procureur général ait été motivé par la mauvaise foi ou des motifs illégitimes. La poursuite n'a pas tenté non plus de déjouer l'administration de la justice, ni même de contourner les règles de droit criminel en matière d'appels interlocutoires. La

conduct of such a nature as to shock the community's sense of fairness or to warrant the application of the doctrine of abuse of process was not established by the Crown's decision not to adduce further evidence.

Section 686(4) of the *Criminal Code* does not confer a court of appeal with any discretion, however limited, beyond the general power to control its process in case of abuse. The jurisprudence does not support such an extension of discretion and no policy consideration warrants such a broad interpretation of s. 686(4). Quite the contrary. It is contrary not only to the rule of law but also to the good and efficient administration of justice for the courts of appeal to invade the exclusive domain of the Crown and to interfere with prosecutorial discretion. The courts' reluctance to interfere with prosecutorial discretion stems from the doctrine of separation of powers where the criminal law is in the domain of the executive. Further, the judicial review of prosecutorial discretion could involve the Crown's disclosing the reasons underlying its conduct of a case. Such disclosure could generate masses of documents for review, adversely affect the flexibility that derives from prosecutorial confidentiality, and involve the courts in potentially extensive exercises in "second-guessing" a prosecutor's judgment in order to determine if the reasons behind his or her judgment were merely a subterfuge. The Crown cannot function as a prosecutor before the court while also serving under its general supervision and the court, in turn, cannot both supervise the exercise of prosecutorial discretion and act as an impartial arbitrator of the case presented to it. Even if a discretion to review prosecutorial decisions did exist, the Court of Appeal should have ordered a new trial.

The only evidence which the Court of Appeal could and did assess was the evidence presented at the *voir dire* and at the preliminary inquiry. It is highly speculative to conjecture about the verdict based on this evidence. Evidence led at a *voir dire* to establish admissibility does not assist in the determination of the innocence or guilt. It does not touch upon the determination of guilt or innocence but rather deals with facts that have nothing to do with the commission of the offence, such as the means by which the relevant evidence was obtained. On a preliminary hearing, the Crown has the discretion to present only that evidence which makes out a *prima facie* case. Speculation about

décision du ministère public de ne présenter aucune autre preuve n'établit pas une inconduite de nature à choquer le sens de justice de la collectivité ou à justifier l'application de la doctrine de l'abus de procédure.

Le paragraphe 686(4) du *Code criminel* ne confère pas à une cour d'appel un pouvoir discrétionnaire, quelque restreint qu'il puisse être, autre que le pouvoir général de contrôler sa procédure en cas d'abus. Un tel élargissement du pouvoir discrétionnaire n'est pas appuyé par la jurisprudence et aucune considération de principe ne justifie une interprétation aussi libérale du par. 686(4). Loin de là. Il est contraire non seulement à la primauté du droit, mais également à la bonne et efficace administration de la justice que les cours d'appel envahissent le domaine exclusif du ministère public et s'immiscent dans le pouvoir discrétionnaire de la poursuite. La réticence des tribunaux à s'ingérer dans le pouvoir discrétionnaire de la poursuite tire son origine de la théorie du partage des pouvoirs, suivant laquelle le droit criminel relève du pouvoir exécutif. De plus, le contrôle judiciaire du pouvoir discrétionnaire de la poursuite pourrait entraîner la divulgation par le ministère public des motifs qui sous-tendent sa façon de poursuivre une instance. Pareille divulgation pourrait engendrer des masses de documents à revoir, compromettre la flexibilité qui résulte de la confidentialité des décisions du poursuivant et entraîner les tribunaux à s'engager rétrospectivement dans de longues conjectures sur la décision du ministère public pour déterminer si les motifs avancés dans l'exercice de son jugement ne sont qu'un subterfuge. Le ministère public ne peut fonctionner à titre de poursuivant devant le tribunal tout en étant également assujetti à sa surveillance générale. Pour sa part, le tribunal ne peut à la fois superviser l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite et agir à titre d'arbitre impartial de l'affaire qui lui est soumise. Même s'il avait existé un pouvoir discrétionnaire de contrôler les décisions de la poursuite, la Cour d'appel aurait dû ordonner un nouveau procès.

La seule preuve que la Cour d'appel pouvait évaluer, et qu'elle a effectivement évaluée, était celle produite lors du voir-dire et de l'enquête préliminaire. Il est très spéculatif de faire des conjectures sur le verdict en se fondant sur cette preuve. La preuve produite lors d'un voir-dire pour établir l'admissibilité d'une preuve ne va pas à la détermination de l'innocence ou de la culpabilité. Elle porte plutôt sur des faits qui n'ont rien à voir avec la perpétration de l'infraction, comme les moyens par lesquels la preuve en question a été obtenue. À l'enquête préliminaire, le ministère public a la faculté de ne présenter que ce qui constitue une preuve suffisante à première vue. Spéculer sur le verdict ne peut servir de

the verdict cannot serve as the basis for review of an exercise of prosecutorial discretion that falls short of an abuse of process.

The Court of Appeal should have ordered a new trial on the basis that the excluded evidence was crucial to the Crown's case. Once the breathalyzer evidence was ruled inadmissible, any further evidence that might have been led would not necessarily have assisted the Crown in proving that the respondent's ability to drive was in fact impaired. Without the breathalyzer evidence, the Crown in all probability would have been unable to prove beyond a reasonable doubt that respondent's ability to drive was impaired. This element is crucial in cases of impaired driving causing death or bodily harm. Furthermore, this evidence was of the utmost importance because it seemed that the respondent was raising alternative causes for the accident, such as road and weather conditions and the mechanical repair of the car.

Per Sopinka, Cory and Major JJ. (dissenting): Although s. 686(4) of the *Criminal Code* does not specify the grounds upon which a Crown appeal from acquittal may be taken, s. 676(1)(*a*) provides that an appeal lies from an acquittal on any ground that involves a question of law alone. Their combined effect is that the Court of Appeal "may" allow the appeal. This confers a discretion on the court which is not statutorily defined. The Crown, notwithstanding an error of law, has the obligation of satisfying the Court of Appeal that the verdict would not necessarily have been the same absent the error.

Cases where the Crown calls all of its evidence can arguably differ from those where the Crown deliberately chooses to bring about a directed verdict by not calling available evidence. The test in *Vézeau v. The Queen* for the exercise of the discretion conferred by s. 686(4) does not exhaust the definition of that discretion so as to preclude the Court, in appropriate circumstances, from adding to or qualifying the application of that test. Jurisprudence supports a limited discretion on the part of the Court of Appeal to decline to allow an appeal in some circumstances where the Crown unreasonably shuts down its case with the result that a verdict of acquittal is directed. Apart from the capacity to stay for abuse of process, an appellate court is entitled to consider whether the Crown has acted unreasonably in refusing to call further evidence at trial because of an adverse evidentiary ruling and can refuse to order a new trial in

fondement au contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite s'il n'y a pas abus de procédure.

La Cour d'appel aurait dû ordonner un nouveau procès pour le motif que la preuve écartée était d'une importance capitale pour le ministère public. Une fois jugée inadmissible la preuve obtenue au moyen de l'alcootest, toute autre preuve qui aurait pu être présentée n'aurait pas nécessairement aidé le ministère public à établir que la capacité de conduire de l'intimé était effectivement affaiblie. Sans la preuve obtenue au moyen de l'alcootest, le ministère public aurait fort probablement été incapable de prouver hors de tout doute raisonnable que la capacité de conduire de l'intimé était affaiblie. Il s'agit là d'un élément déterminant dans les affaires de conduite avec facultés affaiblies causant la mort ou des blessures corporelles. Par ailleurs, cette preuve était de la plus haute importance puisqu'il semble que l'intimé avançait d'autres causes de l'accident, comme l'état de la chaussée, les conditions atmosphériques et l'état de l'automobile.

Les juges, Sopinka, Cory et Major (dissidents): Bien que le par. 686(4) du *Code criminel* n'expose pas les moyens pouvant fonder un appel par le ministère public contre un verdict d'acquittement, l'al. 676(1)*a*) prévoit qu'appel peut être interjeté d'un acquittement pour tout motif qui comporte une question de droit seulement. Il résulte de ces deux dispositions prises ensemble que la cour d'appel «peut» accueillir l'appel. Un pouvoir discrétionnaire est donc conféré à la cour, mais ce pouvoir n'est pas défini dans le texte législatif. Même s'il y a eu erreur de droit, le ministère public est tenu de convaincre la cour d'appel que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même en l'absence de l'erreur.

Il y a peut-être une différence entre le cas où le ministère public présente la totalité de sa preuve et celui où il choisit délibérément de provoquer un verdict imposé en ne produisant pas des éléments de preuve dont il dispose. Le critère établi dans l'arrêt *Vézeau c. La Reine* pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire que confère le par. 686(4) ne définit pas exhaustivement ce pouvoir de manière à empêcher la Cour d'élargir ou de restreindre, le cas échéant, l'application de ce critère. La jurisprudence appuie l'existence d'un pouvoir discrétionnaire limité détenu par la cour d'appel, dans l'exercice duquel celle-ci peut refuser d'accueillir un appel dans certaines situations où le ministère public a déraisonnablement discontinué la présentation de sa preuve, entraînant ainsi un verdict imposé d'acquittement. Les cours d'appel sont investies non seulement du pouvoir d'arrêter les procédures en cas d'abus de procédure, mais

such circumstances. The threshold requirement is that, apart from the evidence excluded, the Crown's case was sufficient to be put to the jury. This threshold is met when the Crown's remaining evidence meets the essential elements of the offence, but the Crown chooses not to call that evidence. The final determination will depend upon a weighing of other factors, including the relative strength of the evidence not called, the relative importance of the evidence excluded by the impugned ruling, the degree of prejudice which further proceedings present to the accused and the reasons for the decision of the Crown not to call further evidence.

aussi du pouvoir d'examiner si le ministère public a agi déraisonnablement en refusant de produire d'autres éléments de preuve au procès par suite d'une décision défavorable sur une question de preuve et de celui de ne pas ordonner la tenue d'un nouveau procès en pareil cas. Il faut, comme condition préliminaire, qu'indépendamment de la preuve écartée, le ministère public ait disposé d'une preuve suffisante pour qu'elle soit présentée au jury. Cette condition aura été remplie lorsque cette autre preuve du ministère public établit l'existence des éléments essentiels de l'infraction, mais qu'il choisit de ne pas la produire. La décision tiendra finalement à l'appréciation d'autres facteurs, dont la valeur probante relative des éléments de preuve non produits, l'importance relative de la preuve écartée par la décision attaquée, la gravité du préjudice qu'entraîneront pour l'accusé de nouvelles procédures et les motifs de la décision du ministère public de ne produire aucune autre preuve.

As a general rule a decision to shut down the Crown's case simply to appeal an adverse ruling will be held to be unreasonable. On the other hand, where the evidence which has been excluded is relatively important and the remaining evidence, although perhaps sufficient to make out a *prima facie* case, is so weak that the prosecutor concludes that continuing with the trial is a waste of time, a decision to terminate the proceedings may be reasonable. Any special prejudice over and above prejudice that can be inferred from any prolongation of criminal proceedings will be, if proved, an important factor to be weighed by the Court of Appeal. This discretion must be exercised sparingly.

En règle générale, la décision du ministère public de discontinuer l'administration de sa preuve dans le seul but d'interjeter appel d'une décision défavorable sera jugée déraisonnable. Par ailleurs, lorsque la preuve écartée est relativement importante et que les autres éléments de preuve, quoique peut-être suffisants pour constituer une preuve *prima facie*, sont d'une valeur probante tellement faible que le poursuivant conclut à l'inutilité de continuer le procès, la décision de mettre fin à l'instance pourra être raisonnable. La preuve d'un préjudice particulier en sus de celui pouvant s'inférer de la prolongation des procédures criminelles sera un facteur important à prendre en considération par la cour d'appel. Celle-ci doit exercer avec mesure son pouvoir discrétionnaire.

In considering the other evidence which the appellant decided not to call, it is necessary to identify the elements of the offence in question and to consider whether the other evidence was sufficient to warrant putting the appellant's case to the jury. In reaching this determination, the test to be applied is whether the other evidence, "if believed by a properly charged jury acting reasonably, would justify a conviction". Here, to substantiate its case, the appellant would have to demonstrate that: (i) the respondent was operating the vehicle in question; (ii) the respondent's ability to drive was impaired by alcohol; and, (iii) the impaired driving ability of the respondent caused the deaths and bodily harm which occurred.

En examinant les autres éléments de preuve, que l'appelante a décidé de ne pas produire, il faut préciser les éléments de l'infraction en question et examiner si ces autres éléments de preuve étaient suffisants pour être présentés au jury. Le critère à appliquer pour décider ce point est celui de savoir si les autres éléments de preuve, «s'il[s] étai[en]t accepté[s] par un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable, justifierai[en]t une déclaration de culpabilité». En l'espèce, pour prouver la perpétration des infractions, l'appelante doit établir: (i) que l'intimé conduisait le véhicule en question; (ii) que sa capacité de conduire était affaiblie par l'alcool, et (iii) que cet affaiblissement a causé le décès et les lésions corporelles en question.

The eye witnesses provided ample evidence of respondent's driving and could testify to a number of factors sufficient to establish his impaired state without resort to breathalyzer evidence. The Crown, to prove

Les témoins oculaires ont fourni amplement de preuves quant au fait que c'est l'intimé qui conduisait et auraient pu déposer concernant plusieurs circonstances qui auraient suffi pour établir l'affaiblissement de ses

causation, had to adduce sufficient evidence to demonstrate respondent's impairment was at least a contributing cause of death and injury, outside the *de minimis* range. The issue of causation requires consideration of competing theories as to the explanation for occurrence of the accident which resulted in injury and death. Impairment need not be shown to be the sole cause in order to convict, since it may well be that, even though a combination of factors was involved, impairment was still more than a *de minimis* cause of the death and injury which occurred. Here, the additional evidence of impairment lent to the case by the breathalyzer would not have had a significant effect on the role played by road conditions and mechanical disrepair, nor was it essential to establishing the respondent's impairment.

facultés, sans qu'il soit besoin de recourir à une preuve obtenue au moyen de l'alcootest. Pour prouver la causalité, le ministère public devait produire une preuve suffisante pour démontrer que l'affaiblissement des facultés de l'intimé a à tout le moins contribué à la mort et aux lésions, de façon plus que mineure. La question de la causalité exige l'examen de théories contradictoires avancées pour expliquer l'accident qui a causé des lésions corporelles et la mort. Il n'est pas nécessaire, pour obtenir un verdict de culpabilité, de prouver que l'affaiblissement des facultés constituait l'unique cause, car il se peut bien que, même s'il y a eu un concours de plusieurs facteurs, l'affaiblissement ait tout de même été une cause plus que mineure de la mort et des lésions en question. En l'espèce, la preuve supplémentaire de l'affaiblissement des facultés obtenue grâce à l'alcootest n'aurait pas influé sensiblement sur l'importance attachée à l'état de la route et au mauvais état du véhicule. Elle n'était pas non plus indispensable pour établir l'affaiblissement des facultés de l'intimé.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

Considered: *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; **referred to:** *R. v. Leroux* (1928), 50 C.C.C. 52; *R. v. Bell* (1929), 51 C.C.C. 388; *R. v. Leclair* (1956), 115 C.C.C. 297; *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] 2 All E.R. 401; *R. v. Osborn*, [1971] S.C.R. 184, aff'g (1968), 4 C.C.C. 185; *Rourke v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 1021; *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1976] 2 All E.R. 497; *Erven v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 926; *R. v. Krannenburg*, [1980] 1 S.C.R. 1053; *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418; *R. v. Lebrun* (1978), 7 C.R. (3d) 93; *Re Ball and The Queen* (1978), 44 C.C.C. (2d) 532; *Re Abarca and The Queen* (1980), 57 C.C.C. (2d) 410; *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Banas and Haverkamp* (1982), 65 C.C.C. (2d) 224; *R. v. Voykin* (1986), 29 C.C.C. (3d) 280; *R. v. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21; *R. v. Whittle* (1992), 78 C.C.C. (3d) 49; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans and Labour Standards Tribunal (N.S.)*, [1989] 1 S.C.R. 238; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Re Balderstone and The Queen* (1983), 8 C.C.C. (3d) 532, leave to appeal refused, [1983] 2 S.C.R. v; *R. v.*

Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt examiné: *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; **arrêts mentionnés:** *R. c. Leroux* (1928), 50 C.C.C. 52; *R. c. Bell* (1929), 51 C.C.C. 388; *R. c. Leclair* (1956), 115 C.C.C. 297; *Connelly c. Director of Public Prosecutions*, [1964] 2 All E.R. 401; *R. c. Osborn*, [1971] R.C.S. 184, conf. (1968), 4 C.C.C. 185; *Rourke c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 1021; *Director of Public Prosecutions c. Humphrys*, [1976] 2 All E.R. 497; *Erven c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 926; *R. c. Krannenburg*, [1980] 1 R.C.S. 1053; *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418; *R. c. Lebrun* (1978), 7 C.R. (3d) 93; *Re Ball and The Queen* (1978), 44 C.C.C. (2d) 532; *Re Abarca and The Queen* (1980), 57 C.C.C. (2d) 410; *R. c. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Banas and Haverkamp* (1982), 65 C.C.C. (2d) 224; *R. c. Voykin* (1986), 29 C.C.C. (3d) 280; *R. c. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21; *R. c. Whittle* (1992), 78 C.C.C. (3d) 49; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans et Labour Standards Tribunal (N.-É.)*, [1989] 1 R.C.S. 238; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Re Balderstone and The Queen* (1983), 8 C.C.C. (3d) 532, autorisation de pourvoi refu-

Beare, [1988] 2 S.C.R. 387; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Verrette*, [1978] 2 S.C.R. 838; *Smythe v. The Queen*, [1971] S.C.R. 680; *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749; *United States v. Redondo-Lemos*, 955 F.2d 1296 (1992); *United States v. Giannattasio*, 979 F.2d 98 (1992); *Welch v. The King*, [1950] S.C.R. 412; *Caccamo v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 786; *Patterson v. The Queen*, [1970] S.C.R. 409.

By Sopinka J. (dissenting)

R. v. Smith, [1991] 1 S.C.R. 714; *R. v. Banas and Haverkamp* (1982), 65 C.C.C. (2d) 224; *R. v. Voykin* (1986), 29 C.C.C. (3d) 280; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *White v. The King*, [1947] S.C.R. 268; *R. v. Paquette* (1974), 19 C.C.C. (2d) 154; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; *R. v. Collins* (1993), 79 C.C.C. 204; *R. v. Whittle* (1992), 78 C.C.C. (3d) 49; *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154; *R. v. Smith* (1992), 73 C.C.C. (3d) 285; *R. v. Andres*, [1982] 2 W.W.R. 249; *Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819; *R. v. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90; *R. v. Kucher* (1979), 48 C.C.C. (2d) 115; *R. v. Pinske* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 114, aff'd [1989] 2 S.C.R. 979; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(*a*), (*b*), 24(2).
Constitution Act, 1867.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 255(2) [rep. & sub. R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 36], (3) [rep. & sub. *idem*], 676(1)(*a*), 686(1)(*b*)(iii), (4)(*a*), (*b*)(i), (ii) [rep. & sub. *ibid.*, s. 145(3)].

Authors Cited

Frase, Richard S. "The Decision to File Federal Criminal Charges: A Quantitative Study of Prosecutorial Discretion" (1979-1980), 47 *U. Chi. L. Rev.* 246.
Garant, Patrice. *Droit administratif*, 3e éd., vol. 2. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.
Hébert, Jean-Claude. "Le contrôle judiciaire de certains pouvoirs de la couronne", dans *Droit pénal — Orientations nouvelles*. Formation permanente, Barreau du Québec. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1987, 129.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

sée, [1983] 2 R.C.S. v; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Verrette*, [1978] 2 R.C.S. 838; *Smythe c. La Reine*, [1971] R.C.S. 680; *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749; *United States c. Redondo-Lemos*, 955 F.2d 1296 (1992); *United States c. Giannattasio*, 979 F.2d 98 (1992); *Welch c. The King*, [1950] R.C.S. 412; *Caccamo c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 786; *Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409.

Citée par le juge Sopinka (dissident)

R. c. Smith, [1991] 1 R.C.S. 714; *R. c. Banas and Haverkamp* (1982), 65 C.C.C. (2d) 224; *R. c. Voykin* (1986), 29 C.C.C. (3d) 280; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *White c. The King*, [1947] R.C.S. 268; *R. c. Paquette* (1974), 19 C.C.C. (2d) 154; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; *R. c. Collins* (1993), 79 C.C.C. 204; *R. c. Whittle* (1992), 78 C.C.C. (3d) 49; *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154; *R. c. Smith* (1992), 73 C.C.C. (3d) 285; *R. c. Andres*, [1982] 2 W.W.R. 249; *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819; *R. c. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90; *R. c. Kucher* (1979), 48 C.C.C. (2d) 115; *R. c. Pinske* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 114, conf. par [1989] 2 R.C.S. 979; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 10*a*), *b*), 24(2).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 255(2) [abr. & rempl. L.R.C. (1985), ch. 27 (1er suppl.), art. 36], (3) [abr. & rempl. *idem*], 676(1)*a*), 686(1)*b*)(iii), (4)*a*), *b*)(i), (ii) [abr. & rempl. *ibid.*, art. 145(3)].
Loi constitutionnelle de 1867.

Doctrine citée

Frase, Richard S. «The Decision to File Federal Criminal Charges: A Quantitative Study of Prosecutorial Discretion» (1979-1980), 47 *U. Chi. L. Rev.* 246.
Garant, Patrice. *Droit administratif*, 3e éd., vol. 2. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.
Hébert, Jean-Claude. «Le contrôle judiciaire de certains pouvoirs de la couronne», dans *Droit pénal — Orientations nouvelles*, Formation permanente, Barreau du Québec. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1987, 129.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

Lezak, Sidney I. and Maureen Leonard. "The Prosecutor's Discretion: Out of the Closet — Not Out of Control" (1984), 63 *Or. L. Rev.* 247.

Morgan, Donna C. "Controlling Prosecutorial Powers — Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of The Charter" (1986-87), 29 *Crim. L.Q.* 15.

Pépin, Gilles. "La compétence des tribunaux administratifs de décider de la constitutionnalité d'une loi, notamment de sa compatibilité avec la *Charte canadienne des droits et libertés*", in Canadian Bar Association — Continuing Legal Education Seminar on Administrative Law, *Administrative Law: Past Present and Future Where We've Been.* Ottawa: 1989.

Ramsay, J. A. "Prosecutorial Discretion: A Reply to David Vanek" (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 378.

Reiss, Steven Alan. "Prosecutorial Intent in Constitutional Criminal Procedure" (1987), 135 *U. Pa. L. Rev.* 1365.

Temby, Ian. "Prosecution Discretions and the Director of Public Prosecutions Act 1983" (1985), 59 *Austl. L.J.* 197.

Vanek, David. "Prosecutorial Discretion" (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 219.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1993), 105 Nfld. & P.E.I.R. 271, 331 A.P.R. 271, 81 C.C.C. (3d) 1, 45 M.V.R. (2d) 214, dismissing an appeal from acquittal by Aylward J. sitting with jury. Appeal allowed, Sopinka, Cory and Major JJ. dissenting.

Wayne Gorman, for the appellant.

David Orr, for the respondent.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This appeal concerns the interpretation and application of s. 686(4) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, to the facts of the case. The sole issue is whether the Court of Appeal erred in entering a verdict of acquittal instead of ordering a new trial for the respondent after it concluded that the trial judge had committed an error of law in excluding breathalyzer evidence which was admissible.

Lezak, Sidney I. and Maureen Leonard. «The Prosecutor's Discretion: Out of the Closet — Not Out of Control» (1984), 63 *Or. L. Rev.* 247.

Morgan, Donna C. «Controlling Prosecutorial Powers — Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of The Charter» (1986-87), 29 *Crim. L.Q.* 15.

Pépin, Gilles. «La compétence des tribunaux administratifs de décider de la constitutionnalité d'une loi, notamment de sa compatibilité avec la *Charte canadienne des droits et libertés*», dans l'Association du Barreau canadien — Séminaire de formation juridique permanente sur le droit administratif, *Droit administratif: ce qu'il fut, ce qu'il est et ce qu'il deviendra.* Ottawa: 1989.

Ramsay, J. A. «Prosecutorial Discretion: A Reply to David Vanek» (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 378.

Reiss, Steven Alan. «Prosecutorial Intent in Constitutional Criminal Procedure» (1987), 135 *U. Pa. L. Rev.* 1365.

Temby, Ian. «Prosecution Discretions and the Director of Public Prosecutions Act 1983» (1985), 59 *Austl. L.J.* 197.

Vanek, David. «Prosecutorial Discretion» (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 219.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1993), 105 Nfld. & P.E.I.R. 271, 331 A.P.R. 271, 81 C.C.C. (3d) 1, 45 M.V.R. (2d) 214, qui a rejeté l'appel interjeté contre l'acquittement prononcé par le juge Aylward siégeant avec jury. Pourvoi accueilli, les juges Sopinka, Cory et Major sont dissidents.

Wayne Gorman, pour l'appelante.

David Orr, pour l'intimé.

Le jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi porte sur l'interprétation et l'application aux faits du par. 686(4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Il s'agit uniquement de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en consignant un verdict d'acquittement au lieu d'ordonner que l'intimé subisse un nouveau procès après qu'elle eut conclu que le juge du procès avait commis une erreur de droit en écartant une preuve admissible obtenue au moyen de l'alcootest.

The majority of the Court of Appeal, Goodridge C.J. dissenting, dismissed the Crown's appeal of respondent's acquittal on the ground that there had been an abuse of process in that, instead of proceeding with the trial, the Crown, unreasonably in their view, declined to call further evidence which resulted in the acquittal of respondent on all counts. My colleague, Justice Sopinka, while declining to dismiss the appeal on that ground, would do so "on the ground that the court of appeal has a limited discretion to dismiss an appeal in such circumstances and that this was a proper case for its exercise" (p. 635). I respectfully disagree.

La Cour d'appel à la majorité, le juge en chef Goodridge étant dissident, a rejeté l'appel du ministère public à l'encontre de l'acquittement de l'intimé pour le motif qu'il y avait eu abus de procédure. Au lieu de continuer le procès, le ministère public a, déraisonnablement de l'avis des juges majoritaires, refusé de présenter d'autre preuve, ce qui a entraîné l'acquittement de l'intimé relativement à tous les chefs. Tout en refusant de rejeter le pourvoi sur cette base, mon collègue le juge Sopinka est d'avis de le rejeter «pour le motif que la cour d'appel jouit d'un pouvoir discrétionnaire limité de rejeter un appel dans de telles circonstances et qu'il convenait en l'espèce d'exercer ce pouvoir» (p. 635). Avec égards, je ne suis pas d'accord.

I share the view expressed by Goodridge C.J. in dissent that no abuse of process occurred in the present case. Furthermore, I cannot agree with my colleague that s. 686(4) of the *Code* confers any discretion on a court of appeal other than the discretion to dismiss or allow an appeal. In particular, I cannot agree, as a matter of law, principle and policy, that a court of appeal is empowered to inquire into prosecutorial discretion.

Je partage l'opinion dissidente du juge en chef Goodridge qu'aucun abus de procédure n'a été commis dans la présente affaire. En outre, je ne peux convenir avec mon collègue que le par. 686(4) du *Code* confère à une cour d'appel un pouvoir discrétionnaire autre que celui de rejeter ou d'accueillir un appel. En particulier, je ne suis d'accord ni en droit ni en principe qu'une cour d'appel est investie du pouvoir d'intervenir dans le pouvoir discrétionnaire de la poursuite.

Section 686(4) of the *Criminal Code* reads as follows:

Le paragraphe 686(4) du *Code criminel* dispose:

686. . . .

(4) Where an appeal is from an acquittal, the court of appeal may

(*a*) dismiss the appeal; or

(*b*) allow the appeal, set aside the verdict and

(i) order a new trial, or

(ii) except where the verdict is that of a court composed of a judge and jury, enter a verdict of guilty with respect to the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty but for the error in law, and pass a sentence that is warranted in law, or remit the matter to the trial court and direct the trial court to impose a sentence that is warranted in law.

686. . . .

(4) Lorsqu'un appel est interjeté d'un acquittement, la cour d'appel peut:

a) rejeter l'appel;

b) admettre l'appel, écarter le verdict et, selon le cas:

(i) ordonner un nouveau procès,

(ii) sauf dans le cas d'un verdict rendu par un tribunal composé d'un juge et d'un jury, consigner un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable, et prononcer une peine justifiée en droit ou renvoyer l'affaire au tribunal de première instance en lui ordonnant d'infliger une peine justifiée en droit.

My colleague has summarized the facts and the judgments which relieves me of the necessity of

Mon collègue ayant résumé les faits et les jugements, je suis dispensée d'en traiter longuement.

dealing with them at length. Suffice it to say that, on April 20, 1989, a car driven by the respondent was involved in an accident in which one of his passengers died and two others were injured. The respondent was charged with one count of impaired driving causing death and two counts of impaired driving causing bodily harm. At trial, the breathalyzer evidence, which was the most probative evidence tendered by the Crown, was found to have been obtained in breach of the respondent's right to counsel in s. 10(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As such, the evidence was declared inadmissible and was excluded. The Crown elected to call no further evidence and the respondent was, consequently, acquitted. The Court of Appeal, having found no *Charter* breach, held that the evidence was admissible as a matter of law. While such an appeal would normally be allowed and a new trial ordered according to s. 686(4) of the *Criminal Code*, the Court entered a verdict of acquittal on the basis that there had been an abuse of process by the Crown.

Qu'il me suffise de dire que, le 20 avril 1989, l'intimé, alors au volant d'une voiture, a été impliqué dans un accident qui a entraîné la mort de l'un de ses passagers et causé des blessures à deux autres. L'intimé a été accusé de conduite avec facultés affaiblies causant la mort (un chef) et de conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles (deux chefs). Au procès, on a conclu que la preuve obtenue au moyen de l'alcootest, soit la preuve la plus probante qu'ait présentée le ministère public, avait été obtenue en contravention du droit de l'intimé à l'assistance d'un avocat garanti à l'al. 10*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En tant que telle, la preuve a été déclarée inadmissible, puis écartée. Le ministère public a choisi de ne présenter aucune autre preuve, et l'intimé a, en conséquence, été acquitté. Ayant conclu qu'il n'y avait pas eu violation de la *Charte*, la Cour d'appel a déterminé que la preuve était admissible en droit. Bien que ce genre d'appel aurait normalement été accueilli, et un nouveau procès ordonné conformément au par. 686(4) du *Code criminel*, la cour a prononcé un verdict d'acquittement pour le motif qu'il y avait eu abus de procédure de la part du ministère public.

At the outset, it is important to note that the Court of Appeal was unanimous in holding that the trial judge had erred in excluding the properly admissible breathalyzer evidence. This is no longer an issue before us. As to the discretion of a court of appeal in Crown's appeals under s. 686(4) of the *Criminal Code*, the Court of Appeal was also unanimous in holding that s. 686(4) does not oust courts' power to sanction an abuse of process. Beyond that, I share Goodridge C.J.'s affirmation for the reasons he exposes (1993), 105 Nfld. & P.E.I.R. 271, at p. 305, that:

Il importe de signaler dès le début que la Cour d'appel a unanimement conclu que le juge du procès avait commis une erreur en écartant la preuve obtenue au moyen de l'alcootest, qui aurait dû être admise. Nous ne sommes donc plus saisis de cette question. Quant au pouvoir discrétionnaire d'une cour d'appel à l'égard des appels interjetés par le ministère public aux termes du par. 686(4) du *Code criminel*, la Cour d'appel a également conclu à l'unanimité que ce paragraphe ne prive pas les tribunaux du pouvoir de sanctionner un abus de procédure. Au delà de ces deux questions, je partage l'opinion du juge en chef Goodridge pour les motifs qu'il a exposés (1993), 105 Nfld. & P.E.I.R. 271, à la p. 305, que:

> ... the Court of Appeal must either dismiss the appeal or allow the appeal and set aside the verdict, and, if it allows the appeal and sets aside the verdict, it must either order a new trial or, unless the verdict appealed from is that of a jury, enter the verdict which should have been entered at trial. [Emphasis added.]

> [TRADUCTION] ... la Cour d'appel doit soit rejeter l'appel, soit l'accueillir et écarter le verdict, auquel cas elle doit ordonner un nouveau procès ou, à moins que le verdict contesté n'ait été rendu par un jury, consigner le verdict qui aurait dû être prononcé au procès. [Je souligne.]

I will discuss the following issues in turn:

1. The Abuse of Process;

2. The Discretion under s. 686(4) of the *Criminal Code*;

3. Prosecutorial Discretion.

1. Abuse of Process

Although it is today undisputed that courts have an inherent and residual discretion to prevent an abuse of the court's process, this was not always the case. For a long period of time, authority for such a proposition was sparse and was generally made in *obiter dicta*. (See *R. v. Leroux* (1928), 50 C.C.C. 52 (Ont. C.A.), at pp. 56-57, *per* Grant J.A. for the court, *R. v. Bell* (1929), 51 C.C.C. 388 (B.C.C.A.), at pp. 391-92, *per* Macdonald C.J.A., and *R. v. Leclair* (1956), 115 C.C.C. 297 (Ont. C.A.), at pp. 302-3, *per* Mackay J.A. for the court.)

In *R. v. Osborn* (1968), 4 C.C.C. 185, Jessup J.A., writing for the Ontario Court of Appeal, relied on the majority decision of the House of Lords in *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] 2 All E.R. 401, to hold that every court, regardless of whether it exercises civil or criminal jurisdiction, has an inherent discretionary power to prevent an abuse of process through oppressive or vexatious proceedings. He cautioned, however, that such discretion should be exercised sparingly and only in exceptional circumstances (at pp. 189-91). On appeal before our Court (*R. v. Osborn*, [1971] S.C.R. 184), three justices (Pigeon J., Martland and Judson JJ. concurring) held that no such discretion existed, three (Hall J., Ritchie and Spence JJ. concurring) held that it was not necessary to decide the question and the seventh, Fauteux J. (as he then was), simply concurred in the result, which left the state of the law in doubt.

J'analyserai les questions suivantes dans l'ordre:

1. L'abus de procédure;

2. Le pouvoir discrétionnaire aux termes du par. 686(4) du *Code criminel*;

3. Le pouvoir discrétionnaire de la poursuite.

1. L'abus de procédure

Si on ne conteste plus aujourd'hui que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire inhérent et résiduel d'empêcher l'abus du processus judiciaire, il n'en fut pas toujours ainsi. Pendant longtemps la jurisprudence favorable à une telle position était rarissime et, quand elle l'était, c'était généralement dans le cadre d'opinions incidentes. (Voir *R. c. Leroux* (1928), 50 C.C.C. 52 (C.A. Ont.), aux pp. 56 et 57, le juge Grant au nom de la cour, *R. c. Bell* (1929), 51 C.C.C. 388 (C.A.C.-B.), aux pp. 391 et 392, le juge en chef MacDonald, et *R. c. Leclair* (1956), 115 C.C.C. 297 (C.A. Ont.), aux pp. 302 et 303, le juge Mackay au nom de la cour.)

Dans l'arrêt *R. c. Osborn* (1968), 4 C.C.C. 185, le juge Jessup, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, a invoqué la décision majoritaire de la Chambre des lords dans l'affaire *Connelly c. Director of Public Prosecutions*, [1964] 2 All E.R. 401, pour conclure que tous les tribunaux, qu'ils exercent une juridiction civile ou criminelle, ont le pouvoir discrétionnaire inhérent d'empêcher qu'un abus soit commis au moyen de procédures oppressives ou vexatoires. Il a toutefois ajouté, à titre de mise en garde, qu'un tel pouvoir discrétionnaire doit être exercé avec mesure et uniquement dans des circonstances exceptionnelles (aux pp. 189 à 191). En appel devant notre Cour (*R. c. Osborn*, [1971] R.C.S. 184), trois juges (le juge Pigeon, avec l'appui des juges Martland et Judson) ont conclu que ce pouvoir discrétionnaire n'existait pas, trois autres (le juge Hall, avec l'appui des juges Ritchie et Spence) ont conclu qu'il n'était pas nécessaire de trancher la question, et le septième, le juge Fauteux (plus tard Juge en chef), a simplement souscrit au résultat, ce qui a laissé l'état du droit dans l'incertitude.

The issue was again raised in *Rourke v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 1021, where the alleged abuse of process stemmed from a lengthy delay on the part of the police before arresting the accused. Pigeon J., writing for the majority, concluded at p. 1043:

> For the reasons I gave in *The Queen v. Osborn*, [1971] S.C.R. 184, I cannot admit of any general discretionary power in courts of criminal jurisdiction to stay proceedings regularly instituted because the prosecution is considered oppressive.

The minority, *per* Laskin C.J., concurring in the result, following *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, *supra*, and *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1976] 2 All E.R. 497 (H.L.), would have recognized that criminal trial courts have an inherent jurisdiction to prevent abuse of their process, keyed to particular situations. Subsequent decisions of this Court have alluded in *obiter dicta* to the existence of a doctrine of abuse of process (*Erven v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 926, at p. 957 (*per* Pratte J.), *R. v. Krannenburg*, [1980] 1 S.C.R. 1053, at p. 1061 (*per* Dickson J.), and *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418, at pp. 454-55 (*per* Estey J.)). In the wake of *Rourke*, *supra*, provincial appellate courts divided on the issue. Some applied *Rourke*, *supra*, and held that the doctrine of abuse of process was not available in criminal proceedings (*R. v. Lebrun* (1978), 7 C.R. (3d) 93 (B.C.C.A.)). Others applied the doctrine but restricted it to exceptional circumstances (*Re Ball and The Queen* (1978), 44 C.C.C. (2d) 532 (Ont. C.A.), *Re Abarca and The Queen* (1980), 57 C.C.C. (2d) 410 (Ont. C.A.), and *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289 (Ont. C.A.)). *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, put an end to the controversy by unanimously affirming the availability of the doctrine of abuse of process in criminal proceedings. The Court, at pp. 136-37, borrowed the comments of Dubin J.A. in *R. v. Young*, *supra*, that a stay of proceedings should be granted where "compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency" or where the proceedings are "oppressive or vexatious". The Court also adopted, at p. 137, "the caveat added by the [Ontario] Court [of

La question a de nouveau été soulevée dans l'arrêt *Rourke c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 1021, où on a allégué l'abus de procédure du fait du long délai écoulé avant que la police n'arrête l'accusé. Le juge Pigeon, au nom de la majorité, a conclu à la p. 1043:

> Pour les motifs que j'ai énoncés dans *La Reine c. Osborn*, [1971] R.C.S. 184, je ne puis admettre que les tribunaux criminels aient un pouvoir discrétionnaire général de suspendre des procédures régulièrement instituées, parce que la poursuite est considérée comme oppressive.

La minorité, dont les motifs ont été rédigés par le juge en chef Laskin, qui a souscrit au résultat, a suivi les arrêts *Connelly c. Director of Public Prosecutions*, précité, et *Director of Public Prosecutions c. Humphrys*, [1976] 2 All E.R. 497 (H.L.), et aurait reconnu que les cours criminelles de première instance ont le pouvoir inhérent d'empêcher l'abus de leur procédure, en fonction de chaque cas. Des décisions subséquentes de notre Cour ont fait allusion de façon incidente à l'existence de la doctrine de l'abus de procédure (*Erven c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 926, à la p. 957 (le juge Pratte), *R. c. Krannenburg*, [1980] 1 R.C.S. 1053, à la p. 1061 (le juge Dickson), et *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418, aux pp. 454 et 455 (le juge Estey)). Dans le sillage de l'arrêt *Rourke*, précité, les cours d'appel provinciales se sont divisées sur la question. Certaines ont appliqué l'arrêt *Rourke* et conclu qu'on ne pouvait avoir recours à la doctrine de l'abus de procédure dans le cadre d'instances criminelles (*R. c. Lebrun* (1978), 7 C.R. (3d) 93 (C.A.C.-B.)). D'autres ont appliqué la doctrine, la limitant toutefois à des circonstances exceptionnelles (*Re Ball and The Queen* (1978), 44 C.C.C. (2d) 532 (C.A. Ont.), *Re Abarca and The Queen* (1980), 57 C.C.C. (2d) 410 (C.A. Ont.), et *R. c. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289 (C.A. Ont.)). Dans l'arrêt *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, notre Cour a mis un terme à la controverse en confirmant unanimement la possibilité de recourir à la doctrine de l'abus de procédure dans les instances criminelles. La Cour, aux pp. 136 et 137, a fait siens les commentaires du juge Dubin de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. c. Young*, précité, selon lequel l'arrêt des procédures devrait être prononcé lorsque «forcer le prévenu à subir son procès vio-

Appeal] in *Young* that this is a power which can be exercised only in the 'clearest of cases'". Dickson C.J., at pp. 132-33, reproduced in part the following comments of Viscount Dilhorne of the House of Lords in *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, *supra*, at p. 509 and p. 511:

Where an indictment has been properly preferred . . . has a judge power to quash it and to decline to allow the trial to proceed merely because he thinks that a prosecution of the accused for that offence should not have been instituted? I think there is no such general power and that to recognise the existence of such a degree of omnipotence is, as my noble and learned friend, Lord Edmund-Davies, has said, unacceptable in any country acknowledging the rule of law. But saying this does not mean that there is not a general power to control the procedure of a court so as to avoid unfairness. If at the time of *Connelly* it had been possible to try the murder and robbery charges together, then it might well have been held unfair, oppressive and an abuse of process for them to be tried separately, each charge being based on the same evidence. But that is very different from saying that a judge has power to stop a prosecution for perjury just because he thinks it should not have been brought and that it will show that the verdict at the trial at which it is alleged the perjury was committed should have been guilty.

. . .

If there is the power which my noble and learned friends think there is to stop a prosecution on indictment in limine, it is in my view a power that should only be exercised in the most exceptional circumstances. [Emphasis added.]

In *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, the Court unanimously reaffirmed the principle enunciated in *R. v. Jewitt*, *supra*. While she held that a stay of proceedings for abuse of process was not limited to cases where there is evidence of

lerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société» ou lorsque la procédure est «oppressive ou vexatoire». La Cour a également adopté, à la p. 137, «la mise en garde que fait la cour [d'appel de l'Ontario] dans l'arrêt *Young*, portant que c'est là un pouvoir qui ne peut être exercé que dans les «cas les plus manifestes»». Le juge en chef Dickson a repris en partie, aux pp. 132 et 133, les commentaires suivants du vicomte Dilhorne de la Chambre des lords dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions c. Humphrys*, précité, aux pp. 509 et 511:

[TRADUCTION] Lorsque l'acte d'accusation a été présenté de façon appropriée [. . .] le juge a-t-il le pouvoir de l'annuler et de refuser que le procès se poursuive pour la simple raison qu'il croit que l'accusé n'aurait pas dû faire l'objet d'une poursuite relativement à l'infraction en cause? J'estime que ce pouvoir général n'existe pas et que reconnaître l'existence d'un tel degré d'omnipotence est, comme mon noble et savant collègue, lord Edmund-Davies, l'a dit, inacceptable dans un pays qui reconnaît la primauté du droit. Cela ne signifie toutefois pas qu'il n'existe pas de pouvoir général de contrôler la procédure d'un tribunal de façon à ce qu'aucune injustice ne soit commise. Si, au moment où l'arrêt *Connelly* a été rendu, il avait été possible de juger les accusations de meurtre et de vol qualifié concurremment, on aurait fort bien pu estimer injuste, oppressif et abusif sur le plan de la procédure de les juger séparément, chaque accusation étant fondée sur une même preuve. Cela ne signifie toutefois pas que le juge a le pouvoir de mettre un terme à une poursuite pour parjure pour la seule raison qu'elle n'aurait pas dû être intentée et qu'elle démontrera que le verdict prononcé au procès au cours duquel un parjure, allègue-t-on, a été commis, aurait dû être un verdict de culpabilité.

. . .

Si, comme le pensent mes nobles et savants collègues, on peut arrêter *in limine* des poursuites sur mise en accusation, ce pouvoir, selon moi, ne devrait être exercé que dans les circonstances les plus exceptionnelles. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, la Cour à l'unanimité a réaffirmé le principe énoncé dans l'arrêt *R. c. Jewitt*, précité. Tout en concluant que l'arrêt des procédures ordonné pour abus ne se limitait pas aux affaires où l'inconduite

prosecutorial misconduct, Wilson J. for the Court, at p. 659, was careful to point out that the remedy will only be granted in the "clearest of cases". In *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, a stay of proceedings was entered on the basis that (*per* Lamer J., at p. 939) "in criminal law the doctrine of abuse of process draws on the notion that the state is limited in the way it may deal with its citizens". In *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, writing for the majority, I expressed the following view, at p. 1667:

> Under the doctrine of abuse of process, the unfair or oppressive treatment of an appellant disentitles the Crown to carry on with the prosecution of the charge. The prosecution is set aside, not on the merits (see *Jewitt*, *supra*, at p. 148), but because it is tainted to such a degree that to allow it to proceed would tarnish the integrity of the court. The doctrine is one of the safeguards designed to ensure "that the repression of crime through the conviction of the guilty is done in a way which reflects our fundamental values as a society" (*Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 689, *per* Lamer J.) It acknowledges that courts must have the respect and support of the community in order that the administration of criminal justice may properly fulfil its function. Consequently, where the affront to fair play and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases, then the administration of justice is best served by staying the proceedings. [Emphasis added.]

I added, however, on the same page, that a stay of proceedings for abuse of process will only be granted in the "clearest of cases". This was reiterated in *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, *per* Cory J. See also *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880.

I, therefore, conclude that, in criminal cases, courts have a residual discretion to remedy an abuse of the court's process but only in the "clearest of cases", which, in my view, amounts to conduct which shocks the conscience of the community and is so detrimental to the proper administration of justice that it warrants judicial intervention.

de la poursuite est établie, le juge Wilson, pour la Cour, a pris soin de souligner que la réparation ne sera accordée que dans les «cas les plus manifestes» (p. 659). Dans l'arrêt *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, l'arrêt des procédures avait été ordonné pour le motif qu'«en droit criminel la doctrine de l'abus de procédure est fondée sur la notion que l'État est limité dans la manière dont il peut traiter ses citoyens» (le juge Lamer, à la p. 939). Me prononçant au nom de la majorité dans l'arrêt *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, j'ai exprimé l'opinion suivante à la p. 1667:

> Suivant la doctrine de l'abus de procédure, le traitement injuste ou oppressif d'un accusé prive le ministère public du droit de continuer les poursuites relatives à l'accusation. Les poursuites sont suspendues, non à la suite d'une décision sur le fond (voir *Jewitt*, précité, à la p. 148), mais parce qu'elles sont à ce point viciées que leur permettre de suivre leur cours compromettrait l'intégrité du tribunal. Cette doctrine est l'une des garanties destinées à assurer «que la répression du crime par la condamnation du coupable se fait d'une façon qui reflète nos valeurs fondamentales en tant que société» (*Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, à la p. 689, le juge Lamer). C'est là reconnaître que les tribunaux doivent avoir le respect et le soutien de la collectivité pour que l'administration de la justice criminelle puisse adéquatement remplir sa fonction. Par conséquent, lorsque l'atteinte au franc-jeu et à la décence est disproportionnée à l'intérêt de la société d'assurer que les infractions criminelles soient efficacement poursuivies, l'administration de la justice est mieux servie par l'arrêt des procédures. [Je souligne.]

J'ai toutefois ajouté à la même page que l'arrêt des procédures pour abus ne sera accordé que dans les «cas les plus manifestes», ce qui a été réitéré dans l'arrêt *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, le juge Cory. Voir également *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880.

Je conclus, par conséquent, que, dans les affaires criminelles, les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire résiduel de remédier à un abus de la procédure de la cour, mais uniquement dans les «cas les plus manifestes», ce qui, à mon avis, signifie un comportement qui choque la conscience de la collectivité et porte préjudice à l'administration régulière de la justice au point qu'il justifie une intervention des tribunaux.

To conclude that the situation "is tainted to such a degree" and that it amounts to one of the "clearest of cases", as the abuse of process has been characterized by the jurisprudence, requires overwhelming evidence that the proceedings under scrutiny are unfair to the point that they are contrary to the interest of justice. As will be developed in more detail further in these reasons, the Attorney General is a member of the executive and as such reflects, through his or her prosecutorial function, the interest of the community to see that justice is properly done. The Attorney General's role in this regard is not only to protect the public, but also to honour and express the community's sense of justice. Accordingly, courts should be careful before they attempt to "second-guess" the prosecutor's motives when he or she makes a decision. Where there is conspicuous evidence of improper motives or of bad faith or of an act so wrong that it violates the conscience of the community, such that it would genuinely be unfair and indecent to proceed, then, and only then, should courts intervene to prevent an abuse of process which could bring the administration of justice into disrepute. Cases of this nature will be extremely rare.

Applying this test to the facts of this case, it is evident that in no way did the conduct of the prosecution meet the high threshold required to constitute an abuse of process. There is not one iota of evidence that the Crown prosecutor's conduct was prompted by bad faith or an improper motive, a fact recognized by Cameron J.A., nor did the prosecution intend to frustrate the administration of justice or even to circumvent the rules of criminal law regarding interlocutory appeals contrary to what Marshall J.A. suggests. I agree with Cameron J.A. when she writes at p. 290:

Counsel for the respondent, in oral submission, argued that this appeal is tantamount to an interlocutory appeal. I do not accept that submission. This is not a request, before verdict, for a determination of the correctness of a ruling so that a party may adjust the presentation of its case in light of the decision. Had the trial judge been

Pour conclure que la situation est «à ce point viciée» et qu'elle constitue l'un des «cas les plus manifestes», tel que l'abus de procédure a été qualifié par la jurisprudence, il doit y avoir une preuve accablante que les procédures examinées sont injustes au point qu'elles sont contraires à l'intérêt de la justice. Comme je l'expliquerai de façon plus détaillée dans mes motifs, le procureur général est un représentant de l'exécutif et, à ce titre, il reflète, de par sa fonction de poursuivant, l'intérêt de la collectivité à faire en sorte que justice soit adéquatement rendue. Le rôle du procureur général à cet égard consiste non seulement à protéger le public, mais également à honorer et à exprimer le sens de justice de la collectivité. Aussi, les tribunaux devraient-ils être prudents avant de s'adonner à des conjectures rétrospectivement sur les motifs qui poussent le poursuivant à prendre une décision. Si la preuve démontre clairement l'existence de motifs illégitimes, de mauvaise foi ou d'un acte si fautif qu'il viole la conscience de la collectivité à un point tel qu'il serait vraiment injuste et indécent de continuer, alors, et alors seulement, les tribunaux devraient intervenir pour empêcher un abus de procédure susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Les cas de cette nature seront toutefois extrêmement rares.

Si l'on applique ce critère aux faits de l'espèce, il est évident que rien dans le comportement de la poursuite n'était de nature à atteindre le seuil élevé de l'abus de procédure. Il n'y a pas la moindre preuve que le comportement du substitut du procureur général ait été motivé par la mauvaise foi ou des motifs illégitimes, ce qu'a reconnu le juge Cameron de la Cour d'appel. La poursuite n'a pas tenté non plus de déjouer l'administration de la justice, ni même de contourner les règles de droit criminel en matière d'appels interlocutoires, contrairement à ce que le juge Marshall de la Cour d'appel laisse entendre. Je souscris à l'opinion du juge Cameron, à la p. 290:

[TRADUCTION] Au cours de sa plaidoirie, l'avocat de l'intimé a fait valoir que cet appel équivaut à un appel interlocutoire. Je n'accepte pas son argument. Il ne s'agit pas d'une demande, préalable au verdict, qu'il soit statué sur le bien-fondé d'une décision afin de permettre à une partie de modifier en conséquence son argumenta-

upheld by this court, the Crown would not have been able to then proceed with the trial.

Goodridge C.J., for his part, wrote, at p. 306:

If the power to order a new trial is discretionary, upon what basis is a new trial to be denied the Crown in a successful appeal from acquittal. Logically the only basis upon which a new trial could be denied is if the ordering of a new trial would be an abuse of process.

After citing Wilson J. in *R. v. Keyowski, supra*, Goodridge C.J. continued:

The test for granting a stay is whether "compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency". If the court has power to deny a new trial in a case such as this, the test should be the same.

And further at p. 307:

The respondent should not be heard to complain unless the decision made by Crown counsel was so clearly wrong as to render what would amount to a delayed guilty verdict an abuse of process and, as earlier said, that position is one that should be taken at trial and not on appeal.

I agree with Goodridge C.J. that no abuse of process has been demonstrated here.

That the Crown prosecutor may have acted precipitously or may have exercised poor judgment in deciding not to adduce further evidence, even if true, fails to establish misconduct of such a nature as to shock the community's sense of fairness or to warrant the application of the doctrine of abuse of process.

Moreover, Sopinka J.'s assertion that this case is a borderline case, and the test of reasonableness which he applies, only confirm the unavailability of the doctrine of abuse of process. In applying

tion. Si nous avions maintenu la décision du juge du procès, le ministère public n'aurait alors pu continuer le procès.

Le juge en chef Goodridge écrit pour sa part, à la p. 306:

[TRADUCTION] Si le pouvoir d'ordonner un nouveau procès est discrétionnaire, sur quel fondement un nouveau procès doit-il être refusé au ministère public lorsque l'appel contre l'acquittement est accueilli? Logiquement, un nouveau procès ne pourrait être refusé que si l'ordonner constituerait un abus de procédure.

Après avoir cité le juge Wilson dans *R. c. Keyowski*, précité, le juge en chef Goodridge ajoute:

[TRADUCTION] En matière d'arrêt des procédures, la question est de savoir si «forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société». Si la cour a le pouvoir de refuser un nouveau procès dans un cas comme celui-ci, le critère devrait être le même.

Puis, à la p. 307:

[TRADUCTION] L'intimé est mal venu de se plaindre à moins que la décision du substitut du procureur général ne soit si manifestement erronée qu'elle a pour conséquence de faire de ce qui serait alors un verdict de culpabilité retardé un abus de procédure, et, comme il a été mentionné précédemment, c'est là un argument qui doit être avancé au procès et non pas en appel.

Je conviens avec le juge en chef Goodridge qu'aucun abus de procédure n'a été démontré en l'espèce.

Même s'il était prouvé que le substitut du procureur général a pu agir de façon précipitée ou faire preuve de peu de jugement en décidant de ne présenter aucune autre preuve, cela n'établit pas une inconduite de nature à choquer le sens de justice de la collectivité ou à justifier l'application de la doctrine de l'abus de procédure.

En outre, l'affirmation du juge Sopinka qu'il s'agit en l'espèce d'un cas limite et le test du caractère raisonnable qu'il applique ne font que confirmer que le recours au principe de l'abus de

that doctrine here, the majority of the Court of Appeal was, in my view, in error.

That being said, over and above the doctrine of abuse of process which permeates the whole of the criminal process, does s. 686(4) of the *Criminal Code* confer a discretion on an appellate court other than that to allow or dismiss a Crown's appeal when it concludes that there was a reversible error in the trial court? It is to this question that I now turn.

2. The Discretion under s. 686(4) of the *Criminal Code*

Although my colleague agrees with the Crown that the test set out in *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277, may not be appropriate in a Crown appeal from a directed verdict of acquittal by reason of no evidence, he goes on to say that *Vézeau*, *supra*, did not purport to exhaust the discretion conferred by s. 686(4). In his opinion, at p. 646, "there is support in our jurisprudence for a limited discretion on the part of the Court of Appeal to decline to allow an appeal in some circumstances in which the Crown unreasonably shuts down its case with the result that a verdict of acquittal is directed". I respectfully disagree.

My colleague relies on *R. v. Banas and Haverkamp* (1982), 65 C.C.C. (2d) 224 (Ont. C.A.), *R. v. Voykin* (1986), 29 C.C.C. (3d) 280 (Alta. C.A.), and *R. v. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21 (Ont. C.A.). As Goodridge C.J. pointed out, at p. 304, all of those cases "seem to have involved a situation where new trials were ordered because the successful appeals from acquittal occurred in cases where critical evidence had been ruled inadmissible". In *Bailey*, *supra*, which purported to follow *Banas*, the circumstances were such that there did not seem to be anything in the record to indicate that the evidence ruled inadmissible was critical. My colleague Sopinka J. also relied on *R. v. Whittle* (1992), 78 C.C.C. (3d) 49 (Ont. C.A.). As

procédure n'est pas disponible. En appliquant ce principe en l'espèce, la Cour d'appel à la majorité a, à mon avis, commis une erreur.

Cela étant dit, outre le principe de l'abus de procédure qui imprègne l'ensemble du processus criminel, le par. 686(4) du *Code criminel* confère-t-il à une cour d'appel un pouvoir discrétionnaire autre que celui d'accueillir ou de rejeter un appel du ministère public lorsqu'elle conclut que le juge du procès a commis une erreur justifiant une annulation? C'est la question que j'analyserai maintenant.

2. Le pouvoir discrétionnaire aux termes du par. 686(4) du *Code criminel*

Bien que mon collègue convienne avec le ministère public que le critère établi dans l'arrêt *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277, puisse ne pas être approprié dans le cas d'un appel du ministère public contre un verdict imposé d'acquittement pour motif d'absence de preuve, il ajoute que l'arrêt *Vézeau*, précité, ne prétendait pas définir exhaustivement le pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 686(4). À son avis, à la p. 646, «notre jurisprudence appuie l'existence d'un pouvoir discrétionnaire limité détenu par la cour d'appel, dans l'exercice duquel celle-ci peut refuser d'accueillir un appel dans certaines situations où le ministère public a déraisonnablement discontinué la présentation de sa preuve, entraînant ainsi un verdict imposé d'acquittement». Avec égards, je ne suis pas d'accord.

Mon collègue invoque les arrêts *R. c. Banas and Haverkamp* (1982), 65 C.C.C. (2d) 224 (C.A. Ont.), *R. c. Voykin* (1986), 29 C.C.C. (3d) 280 (C.A. Alb.), et *R. c. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21 (C.A. Ont.). Comme le juge en chef Goodridge le souligne, à la p. 304, toutes ces affaires [TRADUCTION] «semblent avoir concerné des situations où un nouveau procès a été ordonné parce que l'appel contre un acquittement a été accueilli pour le motif qu'une preuve déterminante avait été jugée inadmissible». Dans l'arrêt *Bailey*, précité, qui prétendait suivre l'arrêt *Banas*, les circonstances étaient telles qu'il ne semblait rien y avoir dans le dossier de nature à indiquer que la preuve jugée inadmissible était déterminante. Mon col-

this case is on appeal before us, I prefer not to comment on it.

However, had the conduct of the Crown in those cases been such that a stay of proceedings would have been warranted, as Martin J.A. seems to infer in his *obiter dicta* in *Banas*, *supra*, it might very well be that the Court would have found an abuse of process. It may well be that a Court of Appeal might find an abuse of process in a case where the Crown refuses to continue a trial, despite sufficient evidence to found a verdict, for the sole purpose of obtaining an interlocutory appeal on an adverse ruling. Such an appeal would not be available to the accused in the parallel situation, and the accused would be forced to undergo an unnecessary second trial. As such, a case might be made that the Crown's conduct constitutes an unfair and abusive exercise of the prosecutorial discretion conferred upon it.

None of those cases relied on by my colleague Sopinka J., in my view, supports the proposition that s. 686(4) provides for a limited discretion in a court of appeal other than the general discretion of courts to control their process and prevent its abuse.

Furthermore, there is no policy consideration that warrants such a broad interpretation of s. 686(4) of the *Criminal Code*. My colleague does not mention any, nor do the parties. Quite the contrary, an efficient administration of justice warrants that courts not meddle in a trial within a trial, base their finding on pure speculation and second-guess the prosecution.

In holding that under s. 686(4) of the *Code* an appellate court is entitled to consider whether the Crown has acted unreasonably, my colleague invites the courts of appeal to invade the exclusive domain of the Crown and to interfere with prosecutorial discretion, as well as to foster rulings

lègue le juge Sopinka a également invoqué l'arrêt *R. c. Whittle* (1992), 78 C.C.C. (3d) 49 (C.A. Ont.). Cette affaire étant en appel devant nous, je préfère ne pas la commenter.

Cependant, si le comportement du ministère public dans ces affaires avait justifié l'arrêt des procédures, comme le juge Martin semble l'inférer de façon incidente dans l'arrêt *Banas*, précité, la cour aurait très bien pu conclure que ce comportement constituait un abus de procédure. Il se peut fort bien qu'une cour d'appel conclue à un abus de procédure lorsque le ministère public refuse, pour le seul motif de loger un appel interlocutoire d'une décision défavorable, de continuer un procès même s'il existe une preuve suffisante pouvant appuyer un verdict. L'accusé n'aurait pas droit à ce genre d'appel dans une situation parallèle et il serait forcé inutilement de subir un second procès. Dans un tel cas, il serait peut-être possible d'établir que la conduite du ministère public constitue un exercice inéquitable et abusif du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré en matière de poursuite.

À mon avis, aucune des affaires sur lesquelles se fonde mon collègue le juge Sopinka ne permet de soutenir que le par. 686(4) confère à la cour d'appel un pouvoir discrétionnaire restreint autre que le pouvoir discrétionnaire général des tribunaux de contrôler leur procédure et d'en empêcher l'abus.

Par ailleurs, aucune considération de principe ne justifie une interprétation aussi libérale du par. 686(4) du *Code criminel*. Mon collègue n'en mentionne aucune, ni d'ailleurs les parties. Bien au contraire, une administration efficace de la justice veut que les tribunaux s'abstiennent d'intervenir dans un procès à l'intérieur d'un procès, de fonder leur conclusion sur de pures suppositions et de conjecturer rétrospectivement sur les décisions de la poursuite.

En concluant que, aux termes du par. 686(4) du *Code*, un tribunal d'appel peut se demander si le ministère public a agi de façon déraisonnable, mon collègue invite les cours d'appel à envahir le domaine exclusif du ministère public, à s'immiscer dans le pouvoir discrétionnaire de la poursuite et à

based on pure speculation as to what might have happened had the prosecution chosen a different path. This, in my view, is not only impermissible and contrary to the rule of law but also contrary to the interest in a good and efficient administration of justice.

For these reasons, I am of the view that s. 686(4) of the *Criminal Code* does not confer a court of appeal any discretion, however limited, beyond the general power to control its process in case of abuse. I now turn to the issue of prosecutorial discretion.

3. Prosecutorial Discretion

My colleague himself at p. 649, alluding to the type of discretion he sees in s. 686(4) of the *Criminal Code*, warns that courts "should be mindful of the fact that exercising this power must be done sparingly in that it constitutes a review of prosecutorial discretion". This, at a minimum, indicates the danger with which such interference by courts is fraught. There are other dangers, not the least of which involves the possibility of interfering with the separation of powers under our constitution.

In contrast to the U.S. Constitution, no general "separation of powers" doctrine is spelled out in the *Constitution Act, 1867*. However, as Professor Peter W. Hogg notes in *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), at pp. 184-85, such a separation of powers does in fact exist. As Dickson C.J. wrote, for the Court, in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at pp. 469-70:

> There is in Canada a separation of powers among the three branches of government — the legislature, the executive and the judiciary. In broad terms, the role of the judiciary is, of course, to interpret and apply the law; the role of the legislature is to decide upon and enunciate policy; the role of the executive is to administer and implement that policy. [Emphasis added.]

encourager des décisions fondées sur de pures suppositions quant à ce qui aurait pu se produire si la poursuite avait choisi une voie différente. Cela, à mon avis, est non seulement inadmissible et contraire à la primauté du droit, mais également contraire à l'intérêt d'une bonne et efficace administration de la justice.

Pour ces motifs, je suis d'avis que le par. 686(4) du *Code criminel* ne confère pas à une cour d'appel un pouvoir discrétionnaire, quelque restreint qu'il puisse être, autre que le pouvoir général de contrôler sa procédure en cas d'abus. J'examinerai maintenant la question du pouvoir discrétionnaire de la poursuite.

3. Le pouvoir discrétionnaire de la poursuite

Mon collègue lui-même à la p. 649, faisant allusion à la nature du pouvoir discrétionnaire que confère, selon lui, le par. 686(4) du *Code criminel*, rappelle que les tribunaux «ne doi[ven]t pas perdre de vue que le pouvoir en question doit s'exercer avec mesure puisqu'il s'agit du contrôle du pouvoir discrétionnaire de la poursuite». Cela indique, à tout le moins, les dangers qu'entraîne l'intervention par les tribunaux. Il existe d'autres dangers, dont celui, et non le moindre, qui concerne la possibilité de s'immiscer dans le partage des pouvoirs établi dans notre constitution.

Contrairement à la constitution américaine, aucune théorie générale du «partage des pouvoirs» n'est énoncée dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, comme le professeur Peter W. Hogg le signale dans *Constitutional Law of Canada* (3e éd. 1992), aux pp. 184 et 185, un tel partage des pouvoirs existe en fait. Pour sa part, le juge en chef Dickson a écrit pour la Cour dans l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, aux pp. 469 et 470:

> Il existe au Canada une séparation des pouvoirs entre les trois branches du gouvernement — le législatif, l'exécutif et le judiciaire. En termes généraux, le rôle du judiciaire est, il va sans dire, d'interpréter et d'appliquer la loi; le rôle du législatif est de prendre des décisions et d'énoncer des politiques; le rôle de l'exécutif est d'administrer et d'appliquer ces politiques. [Je souligne.]

(See also: *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans and Labour Standards Tribunal (N.S.)*, [1989] 1 S.C.R. 238, *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, Patrice Garant, *Droit administratif*, vol. 2 (3rd ed. 1991), and Gilles Pépin, "La compétence des tribunaux administratifs de décider de la constitutionnalité d'une loi, notamment de sa compatibilité avec la *Charte canadienne des droits et libertés*", in Canadian Bar Association — Continuing Legal Education Seminar on Administrative Law, *Administrative Law: Past Present and Future Where We've Been* (Ottawa 1989).) It is manifest that, as a matter of principle and policy, courts should not interfere with prosecutorial discretion. This appears clearly to stem from the respect of separation of powers and the rule of law. Under the doctrine of separation of powers, criminal law is in the domain of the executive, as Jean-Claude Hébert explains in "Le contrôle judiciaire de certains pouvoirs de la couronne", in *Droit pénal — Orientations nouvelles* (1987), 129, at pp. 136-37:

[TRANSLATION] In Canada, it is the executive which assumes primary responsibility for administering the criminal law, as was held by a majority of the Supreme Court in *Skogman v. The Queen*. This stems from the fact that there must be an authority which decides whether the judicial process should be set in motion and what form the prosecution will take. Decisions concerning the operation of criminal justice involve important considerations relating to the public interest. From this perspective, the actions of the Attorney General are hybrid in that there is a perpetual moving to and fro between his legal and political functions. That is why the Attorney General must answer politically to Parliament for the manner in which the Crown exercises its powers. [Emphasis added.]

Donna C. Morgan in "Controlling Prosecutorial Powers — Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of The Charter" (1986-87), 29 *Crim. L.Q.* 15, at pp. 20-21, probes the origins of prosecutorial powers:

Most [prosecutorial powers] derive . . . from the royal prerogative, defined by Dicey as the residue of discretionary or arbitrary authority residing in the hands of the

(Voir également: *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans et Labour Standards Tribunal (N.-É.)*, [1989] 1 R.C.S. 238, *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, Patrice Garant, *Droit administratif*, vol. 2 (3e éd. 1991), et Gilles Pépin, «La compétence des tribunaux administratifs de décider de la constitutionnalité d'une loi, notamment de sa compatibilité avec la *Charte canadienne des droits et libertés*», dans l'Association du Barreau canadien — Séminaire de formation juridique permanente sur le droit administratif, *Droit administratif: ce qu'il fut, ce qu'il est et ce qu'il deviendra* (Ottawa 1989).) Il est évident qu'en principe et en règle générale, les tribunaux ne devraient pas s'immiscer dans le pouvoir discrétionnaire de la poursuite. Cela paraît clairement aller de pair avec le respect du partage des pouvoirs et de la primauté du droit. Aux termes de la théorie du partage des pouvoirs, le droit criminel relève du pouvoir exécutif. C'est ce qu'explique Jean-Claude Hébert dans «Le contrôle judiciaire de certains pouvoirs de la couronne», dans *Droit pénal — Orientation nouvelles* (1987), 129, aux pp. 136 et 137:

Au Canada, c'est le pouvoir exécutif qui assume la responsabilité première en matière d'application du droit criminel. Tel est le rappel que fit la Cour suprême à la majorité dans l'arrêt *Skogman c. La Reine*. Cela tient au fait qu'il doit exister une autorité qui décide de l'opportunité de mettre le processus judiciaire en marche et de la forme que prendra la poursuite. Les décisions relatives au fonctionnement de la justice pénale mettent en cause des considérations importantes reliées à l'intérêt public. Dans cette perspective, les actions du procureur général sont hybrides en ce sens qu'il existe un va-et-vient perpétuel entre ses attributs juridiques et politiques. C'est pourquoi le Procureur général doit répondre politiquement devant le Parlement de la façon avec laquelle la couronne exerce ses pouvoirs. [Je souligne.]

Dans «Controlling Prosecutorial Powers — Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of The Charter» (1986-87), 29 *Crim. L.Q.* 15, aux pp. 20 et 21, Donna C. Morgan étudie les origines des pouvoirs de la poursuite:

[TRADUCTION] La plupart [des pouvoirs de la poursuite] tirent leur origine [. . .] de la prérogative royale, que Dicey définit comme étant le résidu du pouvoir discré-

Crown at any given time. Prerogative powers are essentially those granted by the common law to the Crown that are not shared by the Crown's subjects. While executive action carried out under their aegis conforms with the rule of law, prerogative powers are subject to the supremacy of Parliament, since they may be curtailed or abolished by statute.

. . .

Still other powers that derive directly from the prerogative now reside in the Criminal Code.... Others . . . have been limited or otherwise modified by Parliament. Finally, another group of prosecutorial powers . . . are creatures of statute.

And at pp. 18-19, she expands on the independence of prosecutors:

Along with the exalted status of his office come high expectations as to the Attorney-General's performance of his functions. A large measure of constitutional trust is reposed within him, and he bears a heavy obligation to conduct himself with dignity and fairness. In many situations, he is described as acting either judicially or quasi-judicially. When exercising his "grave" discretion in prosecutorial matters, he must take into account not only the position of the individual, but what the public interest demands. In doing so, he must stand alone, acting independently of political or other external influences. He is to be neither instructed or restrained, save by his final accountability to Parliament. [Emphasis added.]

In "Prosecutorial Discretion" (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 219, at p. 219, David Vanek explains the meaning of prosecutorial discretion:

Prosecutorial discretion refers to the discretion exercised by the Attorney-General in matters within his authority in relation to the prosecution of criminal offences. The Attorney-General is the chief law officer of the Crown and a member of the Cabinet. He heads a ministry of the government that exercises the authority over the administration of justice and the constitution and the maintenance and organization of the courts that is conferred upon the provincial government by the constitution.... [T]he Attorney-General is the prosecutor and hence, in effect, a litigant in every criminal case except.... In practice, the Attorney-General acts in individual cases through the numerous Crown Attorneys

tionnaire ou arbitraire dont la Couronne est investie à tout moment. Les pouvoirs nés de la prérogative sont essentiellement ceux qui sont accordés en common law à la Couronne et qui ne sont pas partagés par ses sujets. Bien que les actes de l'exécutif accomplis sous leur égide respectent la suprématie du droit, ces pouvoirs sont assujettis à la suprématie du Parlement, puisqu'ils peuvent être diminués ou abolis par une loi.

. . .

Néanmoins, d'autres pouvoirs dérivant directement de la prérogative sont maintenant prévus au Code criminel. [. . .] D'autres [. . .] ont été restreints ou autrement modifiés par le législateur. Enfin, un autre groupe de pouvoirs de la poursuite [. . .] sont des créations de la loi.

Aux pages 18 et 19, elle ajoute, sur l'indépendance de la poursuite:

[TRADUCTION] Le statut supérieur de la charge du procureur général ne vient pas sans attentes considérables quant à l'exercice de ses fonctions. Investi d'une grande confiance constitutionnelle, il assume la lourde tâche de se conduire avec dignité et équité. Dans bon nombre de cas, il est décrit comme agissant soit judiciairement soit quasi judiciairement. Lorsqu'il exerce son pouvoir discrétionnaire «solennel» en matière de poursuites, il doit tenir compte non seulement de la situation de l'individu, mais également de l'intérêt de la société. Ce faisant, il se retrouve seul, agissant indépendamment des influences politiques ou autres influences extérieures. Il ne doit ni recevoir des ordres ni être restreint, sauf par son obligation ultime de rendre compte au législateur. [Je souligne.]

Dans «Prosecutorial Discretion» (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 219, à la p. 219, David Vanek explique le sens du pouvoir discrétionnaire de la poursuite:

[TRADUCTION] Le pouvoir discrétionnaire renvoie à la discrétion exercée par le procureur général dans les affaires qui relèvent de sa compétence relativement à la poursuite d'infractions criminelles. Le procureur général est premier conseiller juridique de la Couronne, et membre du Cabinet. Il assume la direction d'un ministère qui exerce son autorité sur l'administration de la justice et sur la création, le maintien et l'organisation des tribunaux, pouvoirs qui sont conférés aux provinces par la constitution. [. . .] [L]e procureur général est le poursuivant et donc, de fait, il est partie à toutes les instances criminelles, sauf [. . .]. En pratique, il agit dans chaque affaire par l'entremise de ses nombreux substituts et

and Assistant Crown Attorneys who are appointed as his agents to prosecute for criminal offences on his behalf. [Emphasis added.]

In "Prosecutorial Discretion: A Reply to David Vanek" (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 378, at pp. 378-80, J. A. Ramsay expands on the rationale underlying judicial deference to prosecutorial discretion:

Crown counsel in Ontario are responsible ultimately to the Attorney-General, who is responsible to the Legislature. . . . The Ministry of the Attorney-General exercises careful supervision of prosecutions for which it is responsible. Proceedings are conducted in public and any member of the public is free to bring the conduct of Crown counsel to the attention of the Attorney-General. In practice, Crown counsel must be prepared to account for their actions on every single case they prosecute.

. . .

It is fundamental to our system of justice that criminal proceedings be conducted in public before an independent and impartial tribunal. If the court is to review the prosecutor's exercise of his discretion the court becomes a supervising prosecutor. It ceases to be an independent tribunal. [Emphasis added.]

That courts have been extremely reluctant to interfere with prosecutorial discretion is clear from the case law. They have been so as a matter of principle based on the doctrine of separation of powers as well as a matter of policy founded on the efficiency of the system of criminal justice and the fact that prosecutorial discretion is especially ill-suited to judicial review.

In *Re Balderstone and The Queen* (1983), 8 C.C.C. (3d) 532 (Man. C.A.), (leave to appeal refused by the Supreme Court of Canada on December 15, 1983, [1983] 2 S.C.R. v), Monnin C.J. wrote, at p. 539:

The judicial and the executive must not mix. These are two separate and distinct functions. The accusatorial officers lay informations or in some cases prefer indictments. Courts or the curia listen to cases brought to their attention and decide them on their merits or on meritori-

substituts adjoints, nommés à titre de mandataires du procureur général pour intenter en son nom des poursuites relativement à des infractions criminelles. [Je souligne.]

Dans «Prosecutorial Discretion: A Reply to David Vanek» (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 378, aux pp. 378 à 380, J. A. Ramsay précise le raisonnement qui sous-tend la retenue dont les tribunaux font preuve à l'égard du pouvoir discrétionnaire de la poursuite:

[TRADUCTION] En Ontario, les substituts du procureur général répondent en dernier lieu au procureur général qui, lui, rend compte à la législature. [. . .] Le ministère du Procureur général exerce une surveillance serrée sur les poursuites dont il assume la responsabilité. Les instances sont tenues en public, et tous sont libres de porter le comportement d'un substitut à l'attention du procureur général. En pratique, les substituts doivent être prêts à rendre compte de leurs actes chaque fois qu'ils intentent des poursuites.

. . .

Il est fondamental, dans notre système de justice, que les instances criminelles se déroulent en public, devant un tribunal indépendant et impartial. S'il doit contrôler l'exercice par le poursuivant de son pouvoir discrétionnaire, le tribunal devient un poursuivant superviseur. Il cesse alors d'être un tribunal indépendant. [Je souligne.]

Il ressort clairement de la jurisprudence que les tribunaux ont été extrêmement réticents à intervenir dans le pouvoir discrétionnaire de la poursuite. Ils ont agi ainsi par principe, compte tenu du partage des pouvoirs, de l'efficacité du système de justice criminelle et du fait que le pouvoir discrétionnaire de la poursuite se prête particulièrement mal au contrôle judiciaire.

Dans l'arrêt *Re Balderstone and The Queen* (1983), 8 C.C.C. (3d) 532 (C.A. Man.) (autorisation de pourvoi refusée par la Cour suprême du Canada le 15 décembre 1983, [1983] 2 R.C.S. v), le juge en chef Monnin a écrit, à la p. 539:

[TRADUCTION] Le judiciaire et l'exécutif ne doivent pas se mêler. Il s'agit de deux fonctions séparées et distinctes. Les agents d'accusation déposent des dénonciations ou, dans certains cas, des actes d'accusation. Les tribunaux entendent les affaires qui leur sont déférées et

ous preliminary matters. If a judge should attempt to review the actions or conduct of the Attorney-General — barring flagrant impropriety — he could be falling into a field which is not his and interfering with the administrative and accusatorial function of the Attorney-General or his officers. That a judge must not do. [Emphasis added.]

La Forest J. stated in *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at pp. 410-11:

Discretion is an essential feature of the criminal justice system. A system that attempted to eliminate discretion would be unworkably complex and rigid. Police necessarily exercise discretion in deciding when to lay charges, to arrest and to conduct incidental searches, as prosecutors do in deciding whether or not to withdraw a charge, enter a stay, consent to an adjournment, proceed by way of indictment or summary conviction, launch an appeal and so on.

The *Criminal Code* provides no guidelines for the exercise of discretion in any of these areas. The day to day operation of law enforcement and the criminal justice system nonetheless depends upon the exercise of that discretion.

This Court has already recognized that the existence of prosecutorial discretion does not offend the principles of fundamental justice; see *R. v. Lyons*, *supra*, at p. 348; see also *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at pp. 303-4. The Court did add that if, in a particular case, it was established that a discretion was exercised for improper or arbitrary motives, a remedy under s. 24 of the *Charter* would lie. . . . [Emphasis added.]

(See also: *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 348, *R. v. Verrette*, [1978] 2 S.C.R. 838, at p. 350, and *Smythe v. The Queen*, [1971] S.C.R. 680, at p. 686.)

Our Court in *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749, at p. 761, commented on the rationale for not interfering with prosecutorial discretion:

It is important to understand the rationale for this judicial deference to the prosecutor's discretion. In this

statuent sur celles-ci quant au fond ou aux questions préliminaires valables. Si un juge tente d'examiner les actions ou le comportement du procureur général, — sauf en cas de conduite répréhensible flagrante — il se peut qu'il outrepasse sa compétence et empêche le procureur général ou ses représentants d'exercer leur fonction administrative et accusatoire, ce qu'un juge ne doit pas faire. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, aux pp. 410 et 411, le juge La Forest a écrit:

Le pouvoir discrétionnaire est une caractéristique essentielle de la justice criminelle. Un système qui tenterait d'éliminer tout pouvoir discrétionnaire serait trop complexe et rigide pour fonctionner. Les forces policières exercent nécessairement un pouvoir discrétionnaire quand elles décident de porter des accusations, de procéder à une arrestation et aux fouilles et perquisitions qui en découlent, tout comme la poursuite quand elle décide de retirer une accusation, de demander une suspension, de consentir à un ajournement, de procéder par voie d'acte d'accusation plutôt que par voie de déclaration sommaire de culpabilité, de former appel, etc.

Le *Code criminel* ne donne aucune directive sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans aucun de ces cas. L'application de la loi et le fonctionnement de la justice criminelle n'en dépendent pas moins, quotidiennement, de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

Cette Cour a déjà reconnu que le pouvoir discrétionnaire de la poursuite ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale, voir *R. c. Lyons*, précité, à la p. 348, voir aussi *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, aux pp. 303 et 304. La Cour a néanmoins ajouté que si, dans un cas particulier, il était établi qu'un pouvoir discrétionnaire était exercé pour des motifs irréguliers ou arbitraires, il existerait un recours en vertu de l'art. 24 de la *Charte* . . . [Je souligne.]

(Voir également: *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 348, *R. c. Verrette*, [1978] 2 R.C.S. 838, à la p. 350, et *Smythe c. La Reine*, [1971] R.C.S. 680, à la p. 686.)

Dans l'arrêt *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749, à la p. 761, notre Cour a commenté les motifs qui justifient cette retenue envers le pouvoir discrétionnaire de la poursuite:

Il est important de comprendre la raison de cette retenue judiciaire envers le pouvoir discrétionnaire du pour-

regard, the reasons of Viscount Dilhorne in *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1976] 2 All E.R. 497 (H.L.), at p. 511, are instructive:

> A judge must keep out of the arena. He should not have or appear to have any responsibility for the institution of a prosecution. The functions of prosecutors and of judges must not be blurred. If a judge has power to decline to hear a case because he does not think it should be brought, then it soon may be thought that the cases he allows to proceed are cases brought with his consent or approval. (Emphasis added.)

Consider also Powell J.'s comments in *Wayte v. United States*, 470 U.S. 598 (1985). Though the factual content of the case at bar is fundamentally different from that with which the U.S. Court was faced (selective prosecution of violators of a law requiring Selective Service registration), his caution respecting the institutional competence of the courts bears repeating. At pages 607-8 Powell J. remarks:

> This broad discretion rests largely on the recognition that the decision to prosecute is particularly ill-suited to judicial review. Such factors as the strength of the case, the prosecution's general deterrence value, the Government's enforcement priorities, and the case's relationship to the Government's overall enforcement plan are not readily susceptible to the kind of analysis the courts are competent to undertake. Judicial supervision in this area, moreover, entails systemic costs of particular concern. Examining the basis of a prosecution delays the criminal proceeding, threatens to chill law enforcement by subjecting the prosecutor's motives and decision-making to outside inquiry, and may undermine prosecutorial effectiveness by revealing the Government's enforcement policy. All these are substantial concerns that make the courts properly hesitant to examine the decision whether to prosecute. [Emphasis added, in addition to material emphasized in original, from "Such factors ... to undertake."]

Since a myriad of factors can affect a prosecutor's decision either to bring charges, to prosecute, to plea bargain, to appeal, etc., courts are ill-equipped to evaluate those decisions properly. (See: Steven Alan Reiss, "Prosecutorial Intent in

suivant. À cet égard, les motifs du vicomte Dilhorne dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions c. Humphrys*, [1976] 2 All E.R. 497 (H.L.), à la p. 511, sont instructifs:

> [TRADUCTION] Un juge ne doit pas descendre dans l'arène. Il ne doit avoir ni sembler avoir aucune responsabilité dans l'institution d'une poursuite. Les rôles du ministère public et des juges doivent être nettement délimités. Si un juge a le pouvoir de refuser d'entendre une affaire parce qu'à son avis, elle n'aurait pas dû être engagée, on en viendra vite à penser que les affaires dont il autorise la poursuite sont entamées avec son consentement ou son approbation. (Je souligne.)

Soulignons également les commentaires du juge Powell dans l'arrêt *Wayte c. United States*, 470 U.S. 598 (1985). Bien que les faits soient ici fondamentalement différents de ceux dont le tribunal américain était saisi (poursuite sélective des contrevenants à une loi exigeant l'enrôlement dans le cadre d'un programme de «Selective Service»), la mise en garde qu'adresse le juge Powell, aux pp. 607 et 608, concernant la compétence institutionnelle des tribunaux mérite d'être reprise:

> [TRADUCTION] Ce large pouvoir discrétionnaire repose en grande partie sur la reconnaissance que la décision d'instituer des poursuites se prête particulièrement mal au contrôle judiciaire. Des facteurs tels la valeur de la preuve, l'effet de dissuasion de la poursuite, les priorités du gouvernement en matière d'application de la loi et la place que tient l'affaire dans l'ensemble des mesures prises à cet effet, ne peuvent faire aisément l'objet du genre d'analyse relevant de la compétence des tribunaux. De plus, la surveillance judiciaire dans ce domaine engendre des coûts systémiques préoccupants. Examiner le fondement d'une poursuite en retarde le cheminement, menace de paralyser l'application de la loi en soumettant le processus et les motifs des décisions du poursuivant à une enquête extérieure et risque d'en saper l'efficacité en révélant la politique du gouvernement en matière d'application de la loi. Ce sont toutes là des questions importantes qui expliquent la réticence des tribunaux à soumettre à l'examen la décision d'instituer une poursuite. [Je souligne, en plus du texte souligné dans l'original: «Des facteurs [. . .] des tribunaux.»]

Puisqu'une myriade de facteurs peuvent influer sur la décision de la poursuite de porter des accusations, d'intenter des poursuites, de négocier un plaidoyer, d'interjeter appel, etc., les tribunaux ne sont pas en mesure de bien évaluer ces décisions.

Constitutional Criminal Procedure" (1987), 135 *U. Pa. L. Rev.* 1365, at p. 1373.)

The judicial review of prosecutorial discretion may also involve disclosure by the Crown of precise details about the process by which it decides to charge, to prosecute and to take other actions. Such a procedure could generate masses of documents to review and could eventually reveal the Crown's confidential strategies and preoccupations. For example, the confidential nature of the charging process serves important institutional functions, including rehabilitative goals and the goal of increasing general deterrence. The latter is met only by preventing the public from knowing which crimes will be given emphasis in enforcement. Professor Richard S. Frase ("The Decision to File Federal Criminal Charges: A Quantitative Study of Prosecutorial Discretion" (1979-1980), 47 *U. Chi. L. Rev.* 246) points to further elements which militate against the review of prosecutorial discretion, at p. 297:

> . . . (3) publication [in a judicial review, of the Crown's guidelines or policies] inevitably would result in more frequent attempts to invoke judicial review of prosecution policy and decisions, and such review would further clog an already overburdened criminal court system; and (4) if prosecutors knew that their policy would be published, they would be reluctant to formulate it, or to change it once it was formulated.

Indeed, confidentiality permits prosecutors to employ flexible and multifaceted enforcement policies, while disclosure promotes inflexible and static policies which are not necessarily desirable.

Moreover, should judicial review of prosecutorial discretion be allowed, courts would also be asked to consider the validity of various rationales advanced for each and every decision, involving the analysis of policies, practices and procedure of the Attorney General. The court would then have to "second-guess" the prosecu-

(Voir: Steven Alan Reiss, «Prosecutorial Intent in Constitutional Criminal Procedure» (1987), 135 *U. Pa. L. Rev.* 1365, à la p. 1373.)

Le contrôle judiciaire du pouvoir discrétionnaire de la poursuite peut également entraîner la divulgation par le ministère public de détails précis sur le processus par lequel il décide de porter des accusations, d'intenter des poursuites et de prendre d'autres mesures. Une telle procédure pourrait engendrer des masses de documents à revoir et risquerait en fin de compte de révéler les préoccupations et les stratégies confidentielles du ministère public. Par exemple, la nature confidentielle du processus d'accusation sert à d'importantes fonctions institutionnelles, dont les objectifs de réadaptation et celui de l'accroissement de la dissuasion générale. Ce dernier ne peut se réaliser que si le public ignore quels crimes feront l'objet d'une application soutenue de la loi. Le professeur Richard S. Frase («The Decision to File Federal Criminal Charges: A Quantitative Study of Prosecutorial Discretion» (1979-1980), 47 *U. Chi. L. Rev.* 246) énumère d'autres facteurs qui militent contre le contrôle du pouvoir discrétionnaire de la poursuite, à la p. 297:

> [TRADUCTION] . . . (3) la publication [dans le cadre d'un contrôle judiciaire, des directives ou politiques du ministère public] entraînerait inévitablement un nombre accru de demandes de contrôle judiciaire des politiques et décisions de la poursuite et un tel contrôle paralyserait plus lourdement un système de justice criminelle déjà surchargé, et (4) si les poursuivants savent que leurs politiques seront rendues publiques, ils hésiteront à les formuler ou à les modifier après leur formulation.

De fait, la confidentialité permet aux poursuivants de recourir à des politiques d'application flexibles et diversifiées, alors que la divulgation ouvre la porte à des politiques inflexibles et statiques, qui ne sont pas nécessairement souhaitables.

En outre, si le contrôle judiciaire du pouvoir discrétionnaire de la poursuite était permis, les tribunaux seraient également priés de considérer la validité des différentes raisons avancées pour chaque décision, ce qui exigerait l'analyse des politiques, des pratiques et de la procédure du procureur général. Le tribunal devrait alors évaluer après coup la

tor's judgment in a variety of cases to determine whether the reasons advanced for the exercise of his or her judgment are a subterfuge. This method of judicial review is not only improper and technically impracticable, but, as Kozinski J. observed in *United States v. Redondo-Lemos*, 955 F.2d 1296 (9th Cir. 1992), at p. 1299:

Such decisions [to charge, to prosecute and to plea-bargain] are normally made as a result of a careful professional judgment as to the strength of the evidence, the availability of resources, the visibility of the crime and the likely deterrent effect on the particular defendant and others similarly situated. Even were it able to collect, understand and balance all of these factors, a court would find it nearly impossible to lay down guidelines to be followed by prosecutors in future cases. We would be left with prosecutors not knowing when to prosecute and judges not having time to judge. [Emphasis added.]

Such a situation would be conducive to a very inefficient administration of justice. Furthermore, the Crown cannot function as a prosecutor before the court while also serving under its general supervision. The court, in turn, cannot both supervise the exercise of prosecutorial discretion and act as an impartial arbitrator of the case presented to it. Judicial review of prosecutorial discretion, which would enable courts to evaluate whether or not a prosecutor's discretion was correctly exercised, would destroy the very system of justice it was intended to protect (*United States v. Redondo-Lemos*, *supra*, at p. 1300).

In *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, *supra*, at p. 511, Viscount Dilhorne provides a further reason why judicial screening of prosecutorial discretion is not mandated:

A judge must keep out of the arena. He should not have or appear to have any responsibility for the institution of a prosecution. The functions of prosecutors and of judges must not be blurred. If a judge has power to

décision du ministère public dans bon nombre d'affaires pour déterminer si les motifs avancés pour justifier l'exercice de son jugement sont un subterfuge. Cette méthode de contrôle judiciaire est non seulement inappropriée et théoriquement impraticable, mais, comme l'a fait remarquer le juge Kozinski dans l'arrêt *United States c. Redondo-Lemos*, 955 F.2d 1296 (9th Cir. 1992), à la p. 1299:

[TRADUCTION] Avant de prendre une décision [de porter des accusations, d'intenter des poursuites et de négocier des plaidoyers] le poursuivant porte normalement un jugement professionnel prudent quant à la valeur de la preuve, l'existence des ressources, la visibilité du crime et l'effet dissuasif probable sur le défendeur et sur les personnes qui sont dans une situation semblable. Même s'il était en mesure de recueillir, de comprendre et de soupeser tous ces facteurs, le tribunal trouverait presque impossible d'énoncer des lignes directrices que les poursuivants devraient suivre dans les affaires subséquentes. Les poursuivants ignoreraient alors quand instituer des poursuites et les juges n'auraient pas le temps de juger. [Je souligne.]

Une telle situation rendrait tout à fait inefficace l'administration de la justice. En outre, le ministère public ne peut fonctionner à titre de poursuivant devant le tribunal tout en étant également assujetti à sa surveillance générale. Pour sa part, le tribunal ne peut à la fois superviser l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite et agir à titre d'arbitre impartial de l'affaire qui lui est soumise. Le contrôle judiciaire du pouvoir discrétionnaire de la poursuite, qui permettrait aux tribunaux de considérer si oui ou non le pouvoir discrétionnaire du ministère public a été correctement exercé, détruirait le système de justice même qu'il est censé protéger (*United States c. Redondo-Lemos*, précité, à la p. 1300).

Dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions c. Humphrys*, précité, à la p. 511, le vicomte Dilhorne avance une raison supplémentaire pour laquelle l'examen judiciaire du pouvoir discrétionnaire de la poursuite n'est pas souhaitable:

[TRADUCTION] Un juge ne doit pas descendre dans l'arène. Il ne doit avoir ni sembler avoir aucune responsabilité dans l'institution d'une poursuite. Les rôles du ministère public et des juges doivent être nettement déli-

decline to hear a case because he does not think it should be brought, then it soon may be thought that the cases he allows to proceed are cases brought with his consent or approval. [Emphasis added.]

In our system, a judge does not have the authority to tell prosecutors which crimes to prosecute or when to prosecute them. As well, in *United States v. Giannattasio*, 979 F.2d 98 (7th Cir. 1992), the trial judge had originally directed the prosecutor to select only five counts because the former had only a week in which he could hear the case. In the trial judge's view, the government would get the same benefit from five convictions as from fifteen. When the case was called for trial, the prosecutor refused to proceed on the basis of five counts and the trial judge dismissed the entire indictment. Writing for the Court of Appeals, Posner J. reversed the order of dismissal and said, at p. 100:

If Dr. Giannattasio committed fifteen Medicare frauds, a judge cannot tell the Justice Department to prosecute him for only five of the frauds, or to prosecute him for five now and the rest later, if necessary. Of course there are judicially enforceable checks on discretion to indict. But they are protections for defendants, not for judges. [Emphasis added.]

I agree with Sidney I. Lezak and Maureen Leonard ("The Prosecutor's Discretion: Out of the Closet — Not Out of Control" (1984), 63 *Or. L. Rev.* 247, at p. 251) that:

Fifth, law enforcement considerations support continued prosecutorial discretion. The need to obtain information about other crimes or other criminals, and the difficulty of proving the crime at trial often play a part in decisions to grant immunity or reduce charges.

Sixth, although the pressure of public opinion is a "wild card" factor which is difficult to evaluate, aggressive news coverage or oversight of specific criminal proceedings by special interest groups affects the exer-

mités. Si un juge a le pouvoir de refuser d'entendre une affaire parce qu'à son avis, elle n'aurait pas dû être engagée, on en viendra vite à penser que les affaires dont il autorise la poursuite sont entamées avec son consentement ou son approbation. [Je souligne.]

Notre système n'autorise pas le juge à dicter au ministère public les crimes pour lesquels une poursuite doit être intentée et le moment de le faire. Ainsi, dans l'arrêt *United States c. Giannattasio*, 979 F.2d 98 (7th Cir. 1992), le juge du procès avait initialement ordonné au ministère public de ne poursuivre que sur cinq chefs d'accusation puisqu'il ne disposait que d'une semaine pour entendre l'affaire. De l'avis du juge du procès, le gouvernement retirerait le même bénéfice de cinq déclarations de culpabilité qu'il en retirerait de quinze. Au moment du procès, le poursuivant a refusé de procéder sur le fondement de cinq chefs et le juge du procès a rejeté l'acte d'accusation au complet. Se prononçant au nom de la Cour d'appel, le juge Posner a infirmé l'ordonnance de rejet et dit, à la p. 100:

[TRADUCTION] Si le Dr Giannattasio a commis quinze fraudes contre le régime d'assurance-maladie, un juge ne peut ordonner au département de la Justice de le poursuivre relativement à cinq chefs d'accusation seulement ou relativement à cinq chefs aujourd'hui, et relativement aux autres chefs plus tard, si nécessaire. Bien sûr, il existe des contrôles judiciairement applicables du pouvoir discrétionnaire de porter des accusations. Mais ils visent à protéger les défendeurs, et non les juges. [Je souligne.]

Je conviens avec Sidney I. Lezak et Maureen Leonard («The Prosecutor's Discretion: Out of the Closet — Not Out of Control» (1984), 63 *Or. L. Rev.* 247, à la p. 251), que:

[TRADUCTION] Cinquièmement, les considérations en matière d'application de la loi viennent appuyer le maintien d'un pouvoir discrétionnaire de la poursuite. La nécessité d'obtenir des informations sur d'autres crimes ou d'autres criminels et la difficulté de faire la preuve du crime au procès jouent fréquemment un rôle dans les décisions d'accorder l'immunité ou de réduire les accusations.

Sixièmement, bien que la pression de l'opinion publique soit un facteur «déroutant» difficile à évaluer, les reportages énergiques ou la surveillance exercée sur certaines instances criminelles par des groupes d'intérêt

cise of discretion. Hence, public opinion assumes an increasingly important position in the prosecutor's decisional matrix. An interesting example is the change in prosecution policies that appeared when it became increasingly unpopular to convict draft evaders and protesters of the Vietnam War. [Emphasis added.]

(See, also: Ian Temby, Q.C., "Prosecution Discretions and the Director of Public Prosecutions Act 1983" (1985), 59 *Austl. L.J.* 197, at pp. 197, 199-200 and 202.)

My colleague's invitation to the court of appeal to interfere with prosecutorial discretion, absent abuse of process, goes against the grain of doctrine and jurisprudence. It also carries with it the dangers that have been outlined above. In my view, there is neither a need nor a justification for an interpretation of s. 686(4) of the *Criminal Code* which extends the discretion of the courts in this manner. As Goodridge C.J. underlined, the wording of s. 686(4) of the *Criminal Code* does not warrant such an interpretation, particularly in view of our Court's decision in *Welch v. The King*, [1950] S.C.R. 412. Principle and policy dictate against it, and the case law does not favour it.

For these reasons, I conclude that courts of appeal possess no residual discretion under s. 686(4).

Had I agreed with my colleague that such a discretion does exist, I still would have come to the conclusion that the Court of Appeal should have ordered a new trial instead of inscribing a verdict of acquittal for the following reasons.

The only evidence which the Court of Appeal could and did assess was the evidence presented at the *voir dire* and at the preliminary inquiry.

On the one hand, it is clear that the evidence led at a *voir dire* to establish the admissibility of evi-

particuliers influent sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Par conséquent, l'opinion publique assume un rôle de plus en plus important dans la matrice décisionnelle du poursuivant. Le changement intervenu dans les politiques en matière de poursuites lorsqu'il est devenu de plus en plus impopulaire de déclarer coupables des réfractaires et protestataires de la guerre du Vietnam en constitue un exemple intéressant. [Je souligne.]

(Voir également: Ian Temby, c.r., «Prosecution Discretions and the Director of Public Prosecutions Act 1983» (1985), 59 *Austl. L.J.* 197, aux pp. 197, 199, 200 et 202.)

L'invitation lancée par mon collègue à la cour d'appel d'intervenir dans le pouvoir discrétionnaire de la poursuite, en l'absence d'un abus de procédure, va à l'encontre de la doctrine et de la jurisprudence. Elle comporte également les dangers que j'ai mentionnés précédemment. À mon sens, il n'est ni utile ni justifié d'interpréter le par. 686(4) du *Code criminel* d'une manière qui élargisse ainsi le pouvoir discrétionnaire des tribunaux. Comme le juge en chef Goodridge l'a souligné, le libellé du par. 686(4) du *Code criminel* ne justifie pas une telle interprétation, particulièrement si l'on tient compte de la décision de notre Cour dans l'arrêt *Welch c. The King*, [1950] R.C.S. 412. En outre, les principes et les politiques appellent le contraire, et la jurisprudence ne favorise pas cette interprétation.

Pour ces motifs, je conclus que les cours d'appel ne possèdent aucun pouvoir discrétionnaire résiduel aux termes du par. 686(4).

Si j'avais convenu avec mon collègue que ce pouvoir discrétionnaire existe, j'aurais tout de même conclu, pour les motifs qui suivent, que la Cour d'appel aurait dû ordonner un nouveau procès plutôt que de consigner un verdict d'acquittement.

La seule preuve que la Cour d'appel pouvait évaluer, et qu'elle a effectivement évaluée, était celle produite lors du voir-dire et de l'enquête préliminaire.

D'une part, il est évident que la preuve produite lors d'un voir-dire pour établir l'admissibilité

dence relevant to issues in the case, does not assist in the determination of the innocence or guilt of an accused. This evidence deals with facts that have nothing to do with the commission of the offence; e.g. the means by which the relevant evidence was obtained.

On the other hand, with respect to the preliminary inquiry, the observation of de Grandpré J. in *Caccamo v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 786, at pp. 809-10, that "the sole purpose of the preliminary inquiry is to satisfy the magistrate that there is sufficient evidence to put the accused on trial and that, therefore, the Crown has the discretion to present only that evidence which makes out a *prima facie* case", is appropriate. Moreover, as Judson J. emphasized in *Patterson v. The Queen*, [1970] S.C.R. 409, at p. 412:

> The purpose of a preliminary inquiry is clearly defined by the *Criminal Code* — to determine whether there is sufficient evidence to put the accused on trial. It is not a trial and should not be allowed to become a trial. We are not concerned here with the power of a trial judge to compel production during the trial nor with the extent to which the prosecution, in fairness to an accused person, ought to make production after the preliminary hearing and before trial.

It should also be underlined that evidence adduced at a preliminary inquiry is incomplete. Indeed, a number of witnesses, who will be called to testify at trial, are not called at the preliminary inquiry and *vice versa*. In my view, therefore, the evidence adduced at a preliminary inquiry does not properly reflect the whole of the evidence that will be presented at trial on the merits, nor does it give sufficient indication of the strength of the evidence that will be presented at trial.

As such, it is highly speculative to conjecture about the verdict that could result at trial based on the evidence presented at the preliminary inquiry and at the *voir dire*. To conclude otherwise would force the Crown to present the whole of its case at the preliminary inquiry so that, if at trial there is an adverse ruling excluding evidence following which the Crown decides to present no further evidence, it will not be penalized. The Court of

d'une preuve pertinente quant aux questions soulevées dans l'affaire ne va pas à la détermination de l'innocence ou de la culpabilité de l'accusé. Cette preuve porte sur des faits qui n'ont rien à voir avec la perpétration de l'infraction; p. ex. les moyens par lesquels la preuve en question a été obtenue.

D'autre part, relativement à l'enquête préliminaire, le commentaire du juge de Grandpré dans l'arrêt *Caccamo c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 786, aux pp. 809 et 810, que «l'enquête préliminaire vise uniquement à satisfaire le magistrat qu'il existe suffisamment de preuve pour faire subir à l'accusé un procès et que, par conséquent, le ministère public a la faculté de n'y présenter que ce qui constitue une preuve suffisante à première vue», est opportun. De plus, comme le juge Judson l'a souligné dans l'arrêt *Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409, à la p. 412:

> Le *Code criminel* définit clairement le but de l'enquête préliminaire qui est d'établir s'il y a une preuve suffisante pour renvoyer le prévenu à son procès. L'enquête n'est pas un procès et il ne faut pas permettre qu'elle en devienne un. Il ne s'agit pas ici de la faculté qu'a le juge du procès d'exiger la production de pièces au cours du procès, ni de la mesure où la poursuite, par loyauté envers le prévenu, doit la faire entre l'enquête préliminaire et le procès.

Il serait également bon de souligner que la preuve produite lors de l'enquête préliminaire est incomplète. De fait, bon nombre de témoins qui sont appelés à témoigner au procès ne seront pas appelés à l'enquête préliminaire, et vice versa. À mon avis donc, la preuve produite lors de l'enquête préliminaire ne reflète pas fidèlement l'ensemble de la preuve qui sera présentée au procès sur le fond, ni n'indique-t-elle suffisamment la valeur de la preuve qui y sera alors produite.

Comme tel, il est très spéculatif de faire des conjectures sur le résultat du verdict au procès en se fondant sur la preuve présentée lors de l'enquête préliminaire et du voir-dire. Conclure autrement forcerait le ministère public à présenter l'ensemble de sa preuve à l'enquête préliminaire afin que, si une preuve est écartée au procès et qu'il décide ensuite de n'en présenter aucune autre, il n'en subisse aucun préjudice. La Cour d'appel aurait

Appeal would then have access to almost all of the evidence that would have been put to the jury at the trial and would, therefore, be able to assess the whole of the evidence. To enforce such a rule would lead to an unnecessary waste of resources and time, since cases where the Crown will decide not to adduce further evidence and to appeal, pursuant to the exclusion of evidence, are rare and always involve the risk that the appeal will be dismissed. Speculation about the verdict cannot serve as the basis for review of an exercise of prosecutorial discretion that falls short of an abuse of process.

Finally, I would also conclude that the Court of appeal should have ordered a new trial on the basis that the excluded evidence was crucial to the Crown's case. As Crown counsel has argued in his factum:

There was evidence of alcohol consumption other than the results of the analysis of the Respondent's breath. However, none of this evidence was as compelling, as incriminating or as important as the evidence that was improperly excluded. The remaining evidence may have been sufficient to raise a prima facie case but the Crown would not have been able to obtain a conviction on those charges on the basis of the remaining evidence.

And further:

The other evidence of impairment in this case consisted almost entirely of the observations of police officers. Their evidence in this case, while admissible, is of no more weight than [that of] other witnesses that testified that the Respondent's ability to drive was not impaired. Particularly significant is the evidence of **Mr. Jeffrey Porter**. Mr. Porter was in the vehicle at and before the accident and testified that the Respondent **seemed okay to drive**. . . . While the police officers could comment on the Respondent's degree of intoxication, they could **not** comment on whether the Respondent's ability to drive was impaired. This is the crucial point in the type of charges involved in this case and this illustrates why the evidence of Ms. Dittmar was so important for the Crown to be able to prove the charges contained in the Indictment. [Emphasis in the original.]

alors accès à presque toute la preuve qui aurait été présentée au jury au procès et serait donc en mesure d'évaluer l'ensemble de la preuve. L'application d'une telle règle entraînerait toutefois une perte inutile de ressources et de temps puisque les affaires où le ministère public décidera de ne présenter aucune autre preuve et d'interjeter appel en raison de l'exclusion d'une preuve sont rares et comportent toujours le risque que l'appel soit rejeté. Spéculer sur le verdict ne peut servir de fondement au contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite s'il n'y a pas abus de procédure.

Enfin, je suis également d'avis que la Cour d'appel aurait dû ordonner un nouveau procès pour le motif que la preuve écartée était d'une importance capitale pour le ministère public. Comme l'a fait valoir le substitut du procureur général dans son mémoire:

[TRADUCTION] En plus des résultats de l'analyse de l'haleine de l'intimé, il y avait une preuve que l'intimé avait consommé de l'alcool. Toutefois, cette preuve n'était pas aussi convaincante, incriminante ou importante que la preuve écartée à tort. Elle constituait peut-être une preuve suffisante à première vue, mais elle ne permettait pas au ministère public d'obtenir une déclaration de culpabilité relativement à ces accusations.

Il a ajouté:

[TRADUCTION] L'autre preuve de facultés affaiblies dans la présente affaire consistait presque entièrement dans les observations des policiers. Leur témoignage en l'espèce, s'il est admissible, n'a guère plus de poids que celui d'autres témoins qui ont affirmé que la capacité de conduire de l'intimé n'était pas affaiblie. Le témoignage de **M. Jeffrey Porter** revêt une importance particulière. Monsieur Porter, qui prenait place dans le véhicule avant et pendant l'accident, a témoigné que l'intimé **semblait être en état de conduire**. [. . .] Bien que les policiers puissent commenter sur le degré d'intoxication de l'intimé, ils **ne** pouvaient **pas** commenter sur la question de savoir si sa capacité de conduire était affaiblie. Or, il s'agit d'un élément déterminant dans le genre d'accusations portées en l'espèce, ce qui démontre pourquoi le témoignage de Mme Dittmar était si important pour que le ministère public puisse faire la preuve des accusations contenues dans l'acte d'accusation. [Caractères gras dans l'original.]

As my colleague Sopinka J. has stated, at p. 650, in cases of impaired driving causing death or bodily harm:

> . . . the appellant would have to demonstrate that: (i) the respondent was operating the vehicle in question; (ii) the respondent's ability to drive was impaired by alcohol; and (iii) the impaired driving ability of the respondent caused the death and bodily harm which occurred. [Emphasis added.]

Clearly, the first condition would be met as there was ample evidence that the respondent had been driving the vehicle in question. However, to meet the next two conditions, the appellant would have had to prove that the respondent's ability to drive was impaired by alcohol. Thus, it was crucial for the Crown to be able to present its evidence on this issue, especially since it appeared that the evidence which would be adduced at trial on this issue was going to be contradictory.

Three friends of the respondent, Porter, Aylward and McGrath, testified at the preliminary hearing that the respondent had consumed between six and eight beers in a period of approximately three to four hours which ended approximately an hour and a half before his driving. Two police officers, Stanley and Tilley, both testified to the respondent's showing physical signs of impairment, including bloodshot and watery eyes, a strong smell of alcohol, slurred speech, and staggering. However, defence counsel suggested on the *voir dire* that the accident itself would have caused the respondent to be "pretty damn shaken up". From this, we can infer that the defence counsel was trying to suggest reasons for these physical characteristics described by the police officers other than consumption of alcohol. In other words, it could be argued that the shock of the accident and the knowledge of the death of a passenger, who was a friend, caused most of these symptoms.

Both of the police officers testified that they formed the opinion that the respondent was under the influence of alcohol. Constable Jackman believed that the respondent was impaired while Constable Tilley was not sure if the alcohol had

Comme mon collègue le juge Sopinka l'a dit, à la p. 650, dans les affaires de conduites avec facultés affaiblies causant la mort ou des blessures corporelles:

> . . . l'appelante doit établir: (i) que l'intimé conduisait le véhicule en question; (ii) que sa capacité de conduire était affaiblie par l'alcool; (iii) que cet affaiblissement a causé le décès et les lésions corporelles en question. [Je souligne.]

Manifestement, la première condition serait remplie puisqu'il y avait une preuve volumineuse que l'intimé conduisait le véhicule en question. Toutefois, pour satisfaire aux deux conditions suivantes, l'appelante aurait dû établir que la capacité de conduire de l'intimé était affaiblie par l'alcool. Il était donc capital que le ministère public puisse présenter sa preuve sur cette question, particulièrement puisque la preuve à être produite au procès sur la question paraissait contradictoire.

Trois amis de l'intimé, Porter, Aylward et McGrath, ont témoigné à l'enquête préliminaire que l'intimé avait consommé entre six et huit bières dans une période d'environ trois à quatre heures, jusqu'à approximativement une heure et demie avant de conduire. Les policiers Stanley et Tilley ont tous deux témoigné que l'intimé montrait des signes physiques de facultés affaiblies: il avait les yeux injectés de sang et larmoyants, il dégageait une forte odeur d'alcool, il articulait mal et titubait. Toutefois, l'avocat de la défense a laissé entendre lors du voir-dire que c'est l'accident lui-même qui aurait provoqué l'état de choc de l'intimé. Nous pouvons en déduire que l'avocat de la défense tentait d'expliquer les caractéristiques physiques décrites par les policiers par une cause autre que la consommation d'alcool. En d'autres termes, on pourrait argumenter que le choc de l'accident et le fait de savoir que l'un de ses amis était décédé a provoqué la plupart des symptômes de l'intimé.

Les deux policiers ont témoigné qu'ils avaient conclu que l'intimé était sous l'influence de l'alcool. L'agent Jackman estimait que les facultés de l'intimé étaient affaiblies alors que l'agent Tilley ne pouvait affirmer avec certitude que l'alcool

affected the respondent's judgment. Contrasted with the defence's explanation of the respondent's conduct, the observations of the police officers demonstrate that there could be conflicting evidence led at trial on the issue of impairment. Therefore, it was necessary for the Crown to present the breathalyzer evidence combined with the expert evidence on its meaning in order to assess whether the respondent was impaired. This was clearly the best and most convincing evidence even without assuming that the other evidence would not have been contradicted. Of course it would have been challenged.

Elizabeth Dittmar, the declared expert in absorption and elimination of alcohol from the blood, offered an opinion at the preliminary inquiry regarding the degree of impairment and the effect of such impairment which did not rely on the breathalyzer result. Her opinion was given in answer to a hypothetical question based on the quantity of alcohol consumed by the respondent, the time frame, the physical descriptions given by the police officers, and the respondent's size. However, it appears clearly that, without the breathalyzer, the evidence she was able to give was weak. For instance, Dittmar was only able to estimate that the respondent's blood alcohol level would have been between 35 and 120 mg/100 ml of blood at the time of the accident. However, she stated that, when the alcohol level reaches 100 mg/100 ml, she would conclude with certainty that the ability of a person is impaired. Consequently, because there was no way of knowing if the respondent's alcohol level was under or over 100 mg/100 ml, there could be no conclusive determination as to the respondent's ability to drive if the court only took into account evidence of alcohol consumption other than that produced by the breathalyzer.

Moreover, this evidence was far from compelling in this case because the blood alcohol level provided by the breathalyzer evidence read 170 mg/100 ml an hour and a half after the accident. This implied, according to the expert Dittmar, that,

avait affecté le jugement de l'intimé. Si l'on compare l'explication qu'a donnée la défense du comportement de l'intimé, les observations des policiers indiquaient qu'il pourrait y avoir une preuve contradictoire au procès sur la question des facultés affaiblies. Par conséquent, il était nécessaire pour le ministère public de présenter la preuve obtenue au moyen de l'alcootest conjointement avec le témoignage d'expert sur sa signification afin d'évaluer si les facultés de l'intimé étaient affaiblies. Il s'agissait là manifestement de la preuve la meilleure et la plus convaincante, sans même présumer que l'autre preuve n'aurait pas été contredite. De toute évidence, elle aurait été contestée.

Elizabeth Dittmar, l'experte reconnue en matière d'absorption d'alcool dans le sang et de son élimination, a exposé son opinion à l'enquête préliminaire relativement au degré d'affaiblissement et à l'effet de cet affaiblissement. Son opinion n'était pas fondée sur le résultat de l'alcootest. Elle l'a exprimée en réponse à la question hypothétique fondée sur la quantité d'alcool consommée par l'intimé, la durée, la description physique donnée par les policiers, et la taille de l'intimé. Toutefois, il ressort clairement que, sans alcootest, le témoignage qu'elle pouvait donner était faible. Ainsi, Dittmar ne pouvait qu'estimer que le taux d'alcoolémie de l'intimé se situait entre 35 et 120 mg par 100 ml de sang au moment de l'accident. Cependant, elle a affirmé pouvoir conclure avec certitude que, lorsque le taux d'alcool atteint 100 mg par 100 ml, les facultés d'une personne sont affaiblies. En conséquence, puisqu'il n'y avait aucun moyen de savoir si le taux d'alcoolémie de l'intimé se situait sous de la barre des 100 mg par 100 ml ou au-dessus, le tribunal ne pouvait rendre aucune décision concluante sur sa capacité de conduire s'il ne tenait compte que de la preuve de la consommation d'alcool n'ayant pas été obtenue au moyen de l'alcootest.

En outre, ce témoignage était loin d'être convaincant en l'espèce puisque la preuve obtenue au moyen de l'alcootest indiquait un taux d'alcoolémie de 170 mg par 100 ml une heure et demie après l'accident. Cela implique, selon l'experte

at the time of the accident, the respondent's alcohol level would have been between 185 and 210 mg/100 ml of blood. Thus, it appears that this evidence would have made possible a conclusive determination as to the impairment of the respondent and its influence on his driving ability since it showed clearly his blood alcohol level was over 100 mg/100 ml.

From this, one can conclude that had the Crown presented further evidence at trial, after the trial judge had ruled the breathalyzer evidence inadmissible, the value of the expert's evidence would have been significantly reduced and would not necessarily have assisted the Crown in proving that the respondent's ability to drive was in fact impaired. Most likely, the Crown would have been unable to prove its case beyond a reasonable doubt. The breathalyzer evidence was crucial to the Crown's case in that it would have allowed the Crown to present expert evidence that would have proved without a doubt that the respondent's ability to drive was impaired, an element which is crucial in cases of impaired driving causing death or bodily harm. In the present case, this evidence could not realistically be adduced in such a convincing way by any other means.

Furthermore, this evidence was of the outmost importance because it seemed that the respondent was raising alternative causes for the accident; i.e., the wet and slippery road conditions and the car's condition. Indeed, Constable Harnum testified that, at the time of the accident, "the road conditions were wet". Mr. Porter, a passenger, testified that the road was slippery and that, just prior to the accident, the rear of the vehicle began to slide. The mechanic who inspected the vehicle after the accident testified that one of the tires was bald and the left front brake was worn to the point that no lining remained. When the respondent's counsel suggested to the mechanic that the accident could have resulted from a blown tire, he answered that he did

Dittmar, qu'au moment de l'accident, le taux d'alcoolémie de l'intimé se situait entre 185 et 210 mg par 100 ml de sang. Ainsi, il appert que cette preuve aurait permis de rendre une décision concluante quant à l'affaiblissement des facultés de l'intimé et l'influence de cet affaiblissement sur sa capacité de conduire puisqu'elle démontrait clairement que son taux d'alcoolémie était supérieur à 100 mg par 100 ml.

De ce qui précède, on peut conclure que, si le ministère public avait présenté d'autre preuve au procès, après que le juge du procès eut jugé inadmissible la preuve obtenue au moyen de l'alcootest, la force du témoignage de l'expert aurait été considérablement amoindrie et n'aurait pas nécessairement aidé le ministère public à établir que la capacité de conduire de l'intimé était effectivement affaiblie. Il est fort probable que le ministère public aurait été incapable de prouver ses prétentions hors de tout doute raisonnable. La preuve obtenue au moyen de l'alcootest était d'une importance capitale pour le ministère public en ce qu'elle lui aurait permis de présenter un témoignage d'expert qui aurait démontré sans aucun doute que la capacité de conduire de l'intimé était affaiblie. Il s'agit là d'un élément déterminant dans les affaires de conduite avec facultés affaiblies causant la mort ou des lésions corporelles. Dans l'affaire qui nous occupe, cette preuve ne pouvait, de façon réaliste, être présentée d'une façon aussi convaincante par d'autres moyens.

Par ailleurs, elle était de la plus haute importance puisqu'il semble que l'intimé avançait d'autres causes de l'accident, soit la chaussée mouillée et glissante et l'état de l'automobile. De fait, l'agent Harnum a témoigné qu'au moment de l'accident, [TRADUCTION] «la chaussée était mouillée». Monsieur Porter, un passager, a témoigné que la route était glissante et que, peu avant l'accident, l'arrière de l'automobile avait commencé à déraper. Le mécanicien qui a examiné le véhicule après l'accident a témoigné qu'un des pneus était lisse et que le frein avant gauche était usé au point qu'il n'y restait plus de garniture. Lorsque l'avocat de l'intimé a indiqué au mécanicien que l'accident aurait pu être causé par un pneu crevé, il a répondu

not check for that and could not say that it was not so. Therefore, it appears that without the breathalyzer evidence, the Crown may not have been in a position to prove that the respondent's ability to drive was impaired by alcohol and that the impaired driving ability of the respondent caused the death and bodily harm which occurred. Thus, I am of the view that this evidence was crucial to the Crown's case.

I conclude, therefore, that even had I shared my colleague's view that s. 686(4) of the *Criminal Code* confers a residual discretion to a court of appeal, which I do not, I would hold that the facts of this case do not point to an unreasonable decision on the part of the Crown such as to warrant the exercise of that discretion.

I base my reasons, however, on the fact that a court of appeal does not have the discretion, under s. 686(4) of the *Criminal Code*, absent abuse of process, to decline to allow an appeal when a reversible error of law is found in the trial judge's decision.

In the result, I would allow the appeal, reverse the judgment of the Court of Appeal and order a new trial.

The reasons of Sopinka, Cory and Major JJ. were delivered by

SOPINKA J. (dissenting) — The issue in this appeal concerns the power of a court of appeal under s. 686(4) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, to dismiss an appeal, notwithstanding an error at trial, on the ground that the prosecutor in an unreasonable exercise of prosecutorial discretion deliberately refrained from calling available evidence resulting in a directed verdict of acquittal. I would dismiss the appeal on the ground that the court of appeal has a limited discretion to dismiss an appeal in such circumstances and that this was a proper case for its exercise.

qu'il n'avait pas vérifié cet élément et qu'il ne pouvait prétendre le contraire. Il appert donc que, sans la preuve obtenue au moyen de l'alcootest, le ministère public n'était pas en mesure de démontrer que la capacité de conduire de l'intimé était affaiblie par l'alcool et que cet affaiblissement a causé le décès et les lésions corporelles en question. Par conséquent, je suis d'avis que cette preuve était d'une importance capitale pour le ministère public.

Je conclus donc que, même si j'avais partagé l'opinion de mon collègue, ce qui n'est pas le cas, que le par. 686(4) du *Code criminel* confère un pouvoir discrétionnaire résiduel à une cour d'appel, je conclurais que rien dans les faits de la présente affaire n'indique que le ministère public a pris une décision déraisonnable qui justifie l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

Je fonde toutefois mes motifs sur le fait qu'une cour d'appel n'a pas le pouvoir discrétionnaire, aux termes du par. 686(4) du *Code criminel*, en l'absence d'un abus de procédure, de refuser d'accueillir un appel lorsqu'elle conclut que le juge du procès a commis une erreur de droit justifiant une annulation.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer le jugement de la Cour d'appel et d'ordonner un nouveau procès.

Version française des motifs des juges Sopinka, Cory et Major rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident) — Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si une cour d'appel peut, en dépit d'une erreur commise au procès, s'autoriser du par. 686(4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, pour rejeter un appel au motif que le poursuivant, exerçant d'une manière déraisonnable son pouvoir discrétionnaire, s'est délibérément abstenu de produire des éléments de preuve dont il disposait, ce qui a entraîné un verdict imposé d'acquittement. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi pour le motif que la cour d'appel jouit d'un pouvoir discrétionnaire limité de rejeter un appel dans de telles circonstances et qu'il convenait en l'espèce d'exercer ce pouvoir.

Facts

On April 20, 1989, the respondent was involved in a motor vehicle accident. The car which the respondent was driving contained several passengers. One of the passengers died following the accident and another two were injured, one of them seriously. The respondent was charged with one count of impaired driving causing death and two counts of impaired driving causing bodily harm. The respondent's trial was held before Aylward J. of the Supreme Court of Newfoundland, Trial Division, and a jury.

The evidence revealed that Constable Stanley, who arrived first at the scene of the accident cautioned the respondent, advised him of his rights under s. 10 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and made a breathalyzer demand. Stanley had determined from other persons at the scene that the respondent was the person driving the vehicle and noted that he smelled of alcohol and was staggering. Stanley then took the respondent to the police station and delivered him into the control of Constable Tilley, who asked him if he understood his right to contact counsel and assisted the respondent in doing so. In fact, a telephone book was supplied and Tilley called several lawyers before finding one of them available. When the respondent's counsel was contacted, Tilley informed him that the officers had received word that one of the passengers had died. Tilley then turned the phone over to the respondent so that he could have a private discussion with his counsel. Prior to the respondent's conversation with his lawyer, he heard the officers say that one of the passengers had died and was told that two others were in serious condition.

After consulting with legal counsel, the respondent refused to provide the police with a sample of his breath. However, once informed that a charge for failing to comply with a demand for a breath sample would be laid if he refused, the respondent complied. His counsel telephoned the station after the first sample was given and spoke with the respondent again. After this, a second sample was

Les faits

Le 20 avril 1989, l'intimé a été impliqué dans un accident de voiture. Plusieurs passagers prenaient place dans la voiture qu'il conduisait. L'un d'eux est mort par suite de l'accident; deux autres ont subi des blessures, graves dans un cas. L'intimé a été accusé de conduite avec facultés affaiblies causant la mort (un chef) et de conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles (deux chefs). Son procès a eu lieu devant le juge Aylward de la Section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve et un jury.

D'après la preuve, l'agent Stanley, qui est arrivé le premier sur les lieux de l'accident, a donné à l'intimé une mise en garde, l'a informé de ses droits aux termes de l'art. 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et lui a demandé un échantillon d'haleine. Stanley avait appris d'autres personnes sur les lieux que l'intimé était au volant du véhicule et il a constaté qu'il sentait l'alcool et qu'il titubait. Stanley a emmené l'intimé au poste de police, où il l'a remis à la garde de l'agent Tilley, qui lui a demandé s'il comprenait qu'il avait le droit de communiquer avec un avocat, ce qu'il l'a aidé à faire. En fait, un annuaire téléphonique a été mis à la disposition de l'intimé et Tilley a appelé plusieurs avocats avant de tomber sur un qui était disponible. Tilley a alors fait savoir à l'avocat que la police avait appris le décès de l'un des passagers. Il a ensuite passé le combiné à l'intimé pour qu'il puisse s'entretenir en privé avec son avocat. Avant sa conversation avec l'avocat, l'intimé a entendu les policiers dire que l'un des passagers était mort et on l'a informé que l'état des deux autres était grave.

Après avoir consulté son avocat, l'intimé a refusé de fournir à la police un échantillon de son haleine. Il s'est toutefois ravisé dès qu'on l'eut averti qu'une accusation de défaut d'obtempérer à l'ordre de fournir un échantillon d'haleine serait portée contre lui. Son avocat a téléphoné au poste de police après que le premier échantillon eut été prélevé et il a de nouveau parlé avec l'intimé. Par

taken. Both samples contained 170 mg of alcohol in 100 ml of blood.

The respondent indicated that he was aware that one friend had died and two others were seriously injured, that the demand for a breath sample indicated that if he failed he would be charged with impaired driving and that if he refused to provide the breath sample he could be charged with refusing to do so. At trial, the respondent's counsel objected to the admission of the breath samples results on the ground that the police had acted in violation of ss. 10(*a*) and (*b*) of the *Charter*.

A *voir dire* on the admissibility of the breath samples and statements made by the respondent at the police station was held and Aylward J. concluded that the evidence ought to be excluded under s. 24(2) of the *Charter* because the respondent had been denied his rights under s. 10 of the *Charter*. Crown counsel requested a recess and, after 30 minutes, returned to tell the court that it did not plan to call further evidence. Given that, prior to the *voir dire*, the Crown had called only one witness, a police officer who took photographs of the aftermath of the accident, the trial judge charged the jury to deliver a verdict of acquittal. On January 29, 1991, the respondent was acquitted.

The appellant appealed to the Court of Appeal of Newfoundland on the ground that the analysis of the breath samples should have been admitted into evidence. On April 6, 1993, the Court of Appeal dismissed the appeal from acquittal. The majority of the Court concluded that the trial judge had erred in excluding evidence which was unarguably important, but that the appeal should be dismissed on the basis that the appeal had been unnecessary given that the Crown could have called further substantial evidence at trial, but chose not to. Goodridge C.J., dissenting, held that the provisions of s. 686(4) of the *Criminal Code* were mandatory and that s. 686(4) required the

la suite, un second échantillon a été prélevé. Dans les deux cas, l'alcoolémie était de 170 mg d'alcool par 100 ml de sang.

L'intimé a dit qu'il savait qu'un de ses amis était mort et deux autres grièvement blessés; il a dit également qu'en lui donnant l'ordre de fournir un échantillon d'haleine, on lui avait indiqué que s'il échouait à l'alcootest il serait accusé de conduite avec facultés affaiblies et que le refus de s'y soumettre pourrait donner lieu a une accusation de refus d'obtempérer à l'ordre. Au procès, l'avocat de l'intimé, faisant valoir que la police avait violé les al. 10*a*) et *b*) de la *Charte*, s'est opposé à ce que les résultats des alcootests soient admis en preuve.

Au terme d'un voir-dire portant sur l'admissibilité des échantillons d'haleine et des déclarations faites par l'intimé au poste de police, le juge Aylward a conclu qu'il y avait lieu d'écarter ces éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte* parce qu'il y avait eu atteinte aux droits que l'art. 10 de la *Charte* garantit à l'intimé. Le substitut du procureur général a demandé un ajournement et, au bout de 30 minutes, est revenu informer la cour qu'il n'entendait pas présenter d'autre preuve. Étant donné que, antérieurement au voir-dire, le ministère public n'avait produit qu'un seul témoin, soit un policier qui avait pris des photographies des lieux de l'accident après le fait, le juge du procès a ordonné au jury de rendre un verdict d'acquittement. Le 29 janvier 1991, l'intimé a donc été acquitté.

L'appelante, faisant valoir que l'analyse des échantillons d'haleine aurait dû être admise en preuve, a interjeté appel devant la Cour d'appel de Terre-Neuve. Le 6 avril 1993, la Cour d'appel a rejeté cet appel contre l'acquittement. Les juges majoritaires ont conclu que le juge du procès avait commis une erreur en écartant des éléments de preuve incontestablement importants, mais qu'il y avait lieu de rejeter l'appel parce qu'il n'était pas nécessaire, puisque le ministère public aurait pu présenter d'autres preuves substantielles lors du procès, mais a choisi de ne pas le faire. Le juge en chef Goodridge, dissident, a dit que le par. 686(4) du *Code criminel* créait une obligation, de sorte

court to order a new trial if it determined that the appeal should be allowed.

Judgments Below

Supreme Court of Newfoundland (Aylward J., ruling on *voir dire*)

Aylward J. determined that the s. 10 rights of the respondent had been violated because he had not been made aware of the extent of the jeopardy which he faced prior to his consultation with counsel. He then determined that, pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, the breath sample results should be excluded since the *Charter* violation was serious and the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. Given that the Crown elected to call no further evidence, he directed the jury to deliver a verdict of acquittal, and the respondent was acquitted.

Court of Appeal (1993), 105 Nfld. & P.E.I.R. 271

Marshall J.A.

Relying on this Court's decision in *R. v. Smith*, [1991] 1 S.C.R. 714, Marshall J.A. concluded that the ss. 10(*a*) and (*b*) rights of the respondent had not been violated since, although he had not been told of the exact charges he faced, he was aware of the purpose of performing the breathalyzer and the circumstances in which it was performed. As such, he concluded that the breath sample evidence should not have been excluded.

In determining whether the appeal should be allowed, Marshall J.A. noted that the appellant elected not to call further evidence after the ruling on the *voir dire*, even though there was substantial other evidence relating to the impairment of the respondent, apart from the breath samples. In these circumstances, he concluded that the appellant had effectively launched an interlocutory appeal of the adverse evidentiary ruling. Given that such an appeal was not available to an accused in a criminal trial, he determined that it would unfairly

que la cour était tenue d'ordonner un nouveau procès si elle décidait que l'appel devait être accueilli.

Les juridictions inférieures

La Cour suprême de Terre-Neuve (le juge Aylward, statuant dans le cadre du voir-dire)

Le juge Aylward a conclu que les droits dont jouissait l'intimé aux termes de l'art. 10 avaient été violés du fait qu'on ne lui avait pas fait connaître, avant qu'il ne consulte son avocat, toute l'ampleur du risque auquel il s'exposait. Il a conclu ensuite que, suivant le par. 24(2) de la *Charte*, les résultats de l'analyse des échantillons d'haleine devaient être écartés puisque la violation de la *Charte* était grave et que l'utilisation de la preuve en question était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Comme le ministère public a choisi de ne pas présenter d'autre preuve, le juge Aylward a ordonné au jury de rendre un verdict d'acquittement et l'intimé a effectivement été acquitté.

La Cour d'appel (1993), 105 Nfld. & P.E.I.R. 271

Le juge Marshall

S'appuyant sur notre arrêt *R. c. Smith*, [1991] 1 R.C.S. 714, le juge Marshall a conclu qu'aucune atteinte n'avait été portée aux droits conférés à l'intimé par les al. 10*a*) et *b*) parce que, même si on ne lui avait pas précisé les accusations auxquelles il aurait à répondre, il connaissait l'objet de l'alcootest et les circonstances dans lesquelles il a été administré. Cela étant, selon le juge Marshall, la preuve obtenue au moyen de l'alcootest n'aurait pas dû être écartée.

En examinant s'il y avait lieu d'accueillir l'appel, le juge Marshall a fait remarquer que l'appelante avait choisi, à la suite de la décision rendue lors du voir-dire, de ne produire aucune autre preuve, même s'il existait, outre les échantillons d'haleine, d'autres éléments de preuve substantiels relatifs aux facultés affaiblies de l'intimé. Dans ces circonstances, il a conclu que l'appelante avait en fait formé un appel interlocutoire contre la décision défavorable concernant la preuve. Étant donné que l'accusé ne peut interjeter pareil appel dans le

prejudice the respondent to allow the appeal of the appellant and order a new trial.

Relying on the ability of an appellate court to stay proceedings as an abuse of process and the decisions in *R. v. Banas and Haverkamp* (1982), 65 C.C.C. (2d) 224 (Ont. C.A.), and *R. v. Voykin* (1986), 29 C.C.C. (3d) 280 (Alta. C.A.), Marshall J.A. concluded that the appeal should be dismissed. In so doing, he made the following findings at pp. 280-81:

> ... the additional evidence was ostensibly of sufficient weight and substance to have sustained a conviction, if accepted by the jury, without the breathalyzer testimony. Accordingly, it could not have been considered futile for the [appellant] to have continued with the trial after the breathalyzer results had been ruled inadmissible. In such circumstances it is not tenable to view this appeal in its essence and nature as other than an interlocutory motion by the [appellant] aimed at the admission of excluded evidence. While the breathalyzer was unarguably important evidence, it was not the only substantial evidence to which the [appellant] had recourse.

Cameron J.A. concurring

Cameron J.A. also concluded that there had been no s. 10 *Charter* violation and that the breath sample evidence should therefore not have been excluded. While she did not agree that the appeal was interlocutory in nature because it was (at p. 290) "not a request, before verdict, for a determination of the correctness of a ruling so that a party [could] adjust the presentation of its case in light of the decision", Cameron J.A. agreed that the appeal should be dismissed.

Cameron J.A. found that, since the appellant had met the burden of demonstrating the verdict would not necessarily have been the same had the error not been made by the trial judge, s. 686(4) required the Court of Appeal to order a new trial unless an abuse of process could be shown. Relying on the

cadre d'un procès criminel, il a conclu que ce serait porter injustement préjudice à l'intimé que d'accueillir l'appel de l'appelante et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Invoquant le pouvoir qu'ont les cours d'appel d'arrêter les procédures abusives et s'appuyant sur les arrêts *R. c. Banas and Haverkamp* (1982), 65 C.C.C. (2d) 224 (C.A. Ont.), et *R. c. Voykin* (1986), 29 C.C.C. (3d) 280 (C.A. Alb.), le juge Marshall a décidé que l'appel devait être rejeté. En décidant ainsi, il a tiré les conclusions suivantes, aux pp. 280 et 281:

> [TRADUCTION] ... la preuve supplémentaire paraît avoir été assez convaincante et assez substantielle, si le jury la retenait, pour fonder une déclaration de culpabilité, sans qu'on ait besoin de la preuve obtenue au moyen de l'alcootest. Par conséquent, on n'aurait pas pu juger inutile pour [l'appelante] de continuer le procès après que les résultats de l'alcootest eurent été déclarés inadmissibles. Vu ces circonstances, on ne saurait considérer le présent appel comme étant essentiellement et de par sa nature autre chose qu'une requête interlocutoire par laquelle [l'appelante] cherche à obtenir l'utilisation d'une preuve écartée. On peut soutenir que la preuve obtenue au moyen de l'alcootest était importante, mais elle n'était pas la seule preuve substantielle dont disposait [l'appelante].

Motifs concordants du juge Cameron

Le juge Cameron a conclu, elle aussi, que l'art. 10 de la *Charte* n'avait pas été violé et que, par conséquent, la preuve obtenue grâce à l'alcootest n'aurait pas dû être écartée. Bien que ne souscrivant pas à la conclusion au caractère interlocutoire de l'appel parce qu'il ne s'agissait pas (à la p. 290) [TRADUCTION] «d'une demande, préalable au verdict, qu'il soit statué sur le bien-fondé d'une décision afin de permettre à une partie de modifier en conséquence son argumentation», elle a convenu qu'il y avait lieu de rejeter l'appel.

Selon le juge Cameron, comme l'appelante s'était acquittée de l'obligation de démontrer que le verdict n'aurait pas nécessairement été identique si le juge du procès n'avait pas commis l'erreur, la Cour d'appel était tenue aux termes du par. 686(4) d'ordonner un nouveau procès, à moins que ne

decisions of this Court in *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, and *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128 and on *Banas, supra*, *R. v. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21 (Ont. C.A.), and *Voykin, supra*, she found that, although no prejudice to the respondent had been demonstrated, it could be inferred from the length of the delay and that, given the substantial other evidence available to the appellant, the appeal had been unnecessary. As such, she determined that a new trial should not be ordered since the evidence which was excluded was not essential to the Crown's case, concluding as follows at p. 292:

> ... there was other evidence available respecting the quantity of alcohol consumed by the respondent on the day of the accident and the observations of police officers and others of his demeanour immediately after the accident. While I cannot say what verdict would have been reached had this evidence gone to the jury, I am satisfied there was sufficient evidence, other than that excluded by the trial judge's ruling, to put the matter to the jury. Certainly, the [appellant] could not maintain it was futile to continue. I conclude it would indeed be oppressive to proceed with what might have been an unnecessary appeal and this behaviour by the [appellant] is sufficient in itself to give rise to abuse of process. For that reason, though I agree the trial judge erred in excluding the breathalyzer evidence, I would deny the appeal.

Goodridge C.J. dissenting

Goodridge C.J. also concluded that the *Charter* rights of the respondent had not been violated, so that the trial judge erred in excluding the breathalyzer evidence. As such, he determined that the appeal should be allowed. Having reached this conclusion, Goodridge C.J. moved on to consider whether, pursuant to s. 686(4), a new trial should be ordered.

Goodridge C.J. stated that this was not an interlocutory appeal but an appeal from an acquittal. He emphasized at p. 305 that, under s. 686(4), on an appeal from an acquittal, "the Court of Appeal

puisse être établi un abus de procédure. S'appuyant sur nos arrêts *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, et *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, ainsi que sur les arrêts *Banas*, précité, *R. c. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21 (C.A. Ont.), et *Voykin*, précité, elle a conclu que, même si aucun préjudice pour l'intimé n'avait été démontré, le préjudice pouvait s'inférer de la longueur du délai, et que, compte tenu des autres preuves substantielles dont disposait l'appelante, l'appel était inutile. Elle a jugé en conséquence qu'il ne convenait pas d'ordonner la tenue d'un nouveau procès parce que les éléments de preuve écartés n'étaient pas essentiels à l'argumentation du ministère public, et elle a conclut, à la p. 292:

> [TRADUCTION] ... il y avait d'autres éléments de preuve concernant la quantité d'alcool consommé par l'intimé le jour de l'accident ainsi que les constatations, notamment de policiers, relatives au comportement de l'intimé immédiatement après l'accident. Quoique je ne puisse dire quel verdict aurait été rendu si ces éléments de preuve avaient été soumis au jury, je suis convaincue qu'indépendamment de la preuve écartée par le juge du procès, il y avait une preuve suffisante à présenter au jury. Chose certaine, [l'appelante] ne saurait alléguer qu'il était inutile de continuer. Selon moi, ce serait vraiment oppressif de permettre que se poursuive un appel qui n'aurait peut-être pas été nécessaire, et une telle conduite de la part de [l'appelante] suffit à elle seule pour qu'il y ait abus de procédure. Pour ce motif, même si je conviens que le juge du procès a eu tort d'exclure la preuve obtenue au moyen de l'alcootest, je suis d'avis de rejeter l'appel.

Le juge en chef Goodridge, dissident

Le juge en chef Goodridge a conclu également qu'il n'y avait eu aucune violation des droits que la *Charte* garantit à l'intimé et que c'est donc à tort que le juge du procès a écarté la preuve recueillie au moyen de l'alcootest. Il a jugé en conséquence que l'appel devait être accueilli. Étant arrivé à cette conclusion, il s'est demandé ensuite s'il y avait lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès en vertu du par. 686(4).

Le juge en chef Goodridge a dit qu'il ne s'agissait pas d'un appel interlocutoire, mais bien d'un appel d'un acquittement. Aux termes du par. 686(4), a-t-il souligné à la p. 305, lorsqu'elle est

must either dismiss the appeal or allow the appeal and set aside the verdict, and, if it allows the appeal and sets aside the verdict, it must either order a new trial or, unless the verdict appealed from is that of a jury, enter the verdict which should have been entered at trial".

Goodridge C.J. added at p. 306 that the only basis on which a new trial could be denied was "if the ordering of a new trial would be an abuse of process". Referring to the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, and to *Banas*, *supra*, Goodridge C.J. concluded at pp. 306-7 that:

> I doubt that it is proper for a court of appeal . . . to make a decision that a new trial would be an abuse of process. A court of appeal should order a new trial where the appeal from acquittal is successful. . . . It is at the trial level that the question of abuse of process should be first decided. A court of appeal should not pass judgment in the first instance on a legal question when there may be facts relating to that question that have not been determined. . . .
>
> The only prejudice to the respondent lies in the fact that if the first trial had proceeded and resulted in a guilty verdict, his fate would have been determined at that time. Such a verdict, if there is to be one, is now delayed. The delay arises from the fact that the respondent raised a point of law in respect of which he was ultimately unsuccessful. . . . The ruling of the trial judge required [appellant] counsel to make a discretionary decision as to whether he should proceed. The respondent should not be heard to complain unless the decision made by [appellant] counsel was so clearly wrong as to render what would amount to a delayed guilty verdict an abuse of process and . . . that position is one that should be taken at trial and not on appeal.

Issue

Does s. 686(4) of the *Criminal Code* include a residual discretion for a court of appeal to refuse to order a new trial in a case where there was an error at trial which could reasonably have affected the verdict?

saisie d'un appel d'un acquittement, [TRADUCTION] «la cour d'appel doit soit rejeter l'appel, soit l'accueillir et écarter le verdict, auquel cas elle doit ordonner un nouveau procès ou, à moins que le verdict contesté n'ait été rendu par un jury, consigner le verdict qui aurait dû être consigné au procès».

Le juge en chef Goodridge a ajouté à la p. 306 que le refus d'un nouveau procès ne peut se justifier que [TRADUCTION] «si ce serait un abus de procédure que d'en ordonner la tenue». Se référant à notre arrêt *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, et à l'arrêt *Banas*, précité, il a conclu, aux pp. 306 et 307:

> [TRADUCTION] Je doute qu'il soit convenable qu'une cour d'appel [. . .] décide qu'un nouveau procès constituerait un abus de procédure. Elle doit ordonner la tenue d'un nouveau procès si l'appel de l'acquittement est accueilli [. . .]. C'est au premier palier que doit être tranchée d'abord la question de l'abus de procédure. Il n'appartient pas à la cour d'appel de statuer en première instance sur une question de droit dans un cas où certains faits se rapportant à cette question n'ont peut-être pas été déterminés. . .
>
> L'unique préjudice pour l'intimé vient de ce que, si le premier procès avait suivi son cours et qu'un verdict de culpabilité avait été rendu, son sort aurait été décidé à ce moment-là. Ce verdict, si effectivement il doit être rendu, est maintenant retardé. Le retard résulte du fait que l'intimé a soulevé un point de droit qui a finalement été rejeté. [. . .] La décision du juge du procès a obligé l'avocat [de l'appelante] à exercer son pouvoir discrétionnaire en décidant s'il fallait continuer la poursuite. L'intimé est mal venu de se plaindre, à moins que la décision de [l'avocat de l'appelante] ne soit si manifestement erronée qu'elle a pour conséquence de faire de ce qui serait alors un verdict de culpabilité retardé un abus de procédure, et [. . .] c'est là un argument qui doit être avancé au procès et non pas en appel.

La question en litige

Le paragraphe 686(4) du *Code criminel* confère-t-il à la cour d'appel un pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser d'ordonner la tenue d'un nouveau procès dans un cas où a été commise au procès une erreur pouvant raisonnablement être considérée comme influant sur le verdict?

Statutory Provision

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(4):

686. . . .

(4) Where an appeal is from an acquittal, the court of appeal may

(*a*) dismiss the appeal; or

(*b*) allow the appeal, set aside the verdict and

(i) order a new trial, or

(ii) except where the verdict is that of a court composed of a judge and jury, enter a verdict of guilty with respect to the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty but for the error in law, and pass a sentence that is warranted in law, or remit the matter to the trial court and direct the trial court to impose a sentence that is warranted in law.

Powers of the Court of Appeal

The powers of the Court of Appeal in indictable offences are set out in s. 686 of the *Criminal Code*. In an appeal by the accused in respect of an error of law at trial, a court of appeal has a discretion to dismiss the appeal if the error did not occasion a substantial miscarriage of justice. This discretionary power is circumscribed by a specific definition in s. 686(1)(*b*)(iii) of the *Code*. Section 686(4) deals with appeals by the Crown from acquittal. Although this subsection does not specify the grounds upon which such an appeal may be taken, s. 676(1)(*a*) provides that an appeal lies from an acquittal on any ground that involves a question of law alone. The combined effect of these two provisions is that in an appeal by the Crown from an acquittal based on an error of law, the Court of Appeal "may" allow the appeal. This confers a discretion on the court but in this case the discretion is not statutorily defined.

In *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277, at p. 291, Martland J. discussed the legislative history of these provisions and pointed out that an earlier version of these provisions provided that the pow-

Disposition législative

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, par. 686(4):

686. . . .

(4) Lorsqu'un appel est interjeté d'un acquittement, la cour d'appel peut:

a) rejeter l'appel;

b) admettre l'appel, écarter le verdict et, selon le cas:

(i) ordonner un nouveau procès,

(ii) sauf dans le cas d'un verdict rendu par un tribunal composé d'un juge et d'un jury, consigner un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable, et prononcer une peine justifiée en droit ou renvoyer l'affaire au tribunal de première instance en lui ordonnant d'infliger une peine justifiée en droit.

Pouvoirs de la cour d'appel

C'est à l'art. 686 du *Code criminel* que se trouvent énoncés les pouvoirs de la cour d'appel en ce qui concerne les actes criminels. Lorsque l'accusé interjette appel relativement à une erreur de droit commise au procès, la cour d'appel a le pouvoir discrétionnaire de rejeter l'appel s'il ne s'agit pas d'une erreur judiciaire grave. Ce pouvoir discrétionnaire est toutefois restreint par le cas précis figurant au sous-al. 686(1)*b*)(iii) du *Code*. Le paragraphe 686(4) traite des appels d'un acquittement interjetés par le ministère public. Bien que ce paragraphe n'expose pas les moyens pouvant fonder un tel appel, l'al. 676(1)*a*) prévoit qu'appel peut être interjeté d'un acquittement pour tout motif qui comporte une question de droit seulement. Il résulte de ces deux dispositions prises ensemble que, dans un cas où le ministère public invoque l'erreur de droit pour fonder un appel d'un acquittement, la cour d'appel «peut» accueillir l'appel. Un pouvoir discrétionnaire est donc conféré à la cour, mais, en l'occurrence, ce pouvoir n'est pas défini dans le texte législatif.

Dans l'arrêt *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277, à la p. 291, le juge Martland, en faisant l'historique législatif de ces dispositions, a indiqué que, dans une version antérieure, elles prévoyaient que

ers of a Court of Appeal in an appeal by the Crown were to be applied *mutatis mutandis* with the powers in respect of an appeal by the accused. In the latter case a curative provision in the terms of the present s. 686(1)(*b*)(iii) applied. See *White v. The King*, [1947] S.C.R. 268. The amendment (S.C. 1953-54, c. 51) did not remove the discretion but left it undefined. Apparently, Parliament was content to leave it to the courts to define the circumstances in which the discretion was to be exercised. An appeal by the Crown from an acquittal, in contrast with an appeal by the accused from conviction, is a relatively unusual provision not common to all jurisdictions with systems similar to ours. It would, therefore, be appropriate for Parliament to accord more discretion to the courts as to the circumstances in which an error at trial should result in a new trial or conviction in an appeal by the Crown.

In *Vézeau* this Court decided that the exercise of the discretion to allow an appeal by the Crown grounded on an error of law included the power, which existed before the amendment, to refuse to allow an appeal if the error did not occasion a substantial miscarriage of justice. At page 291, Martland J. adopted the approach of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Paquette* (1974), 19 C.C.C. (2d) 154, in the following paragraph:

> [Section 686(4)] does not contain any provision equivalent to s. 613(1)(*b*)(iii). The powers of the court under this subsection were considered by the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Paquette*, at p. 162. After quoting subs. (4), the Court goes on to say:
>
> It is to be observed that the term "no substantial wrong or miscarriage of justice" is not incorporated in this subsection as it is in the situation of an appeal by an accused. However, in this case we think it appropriate to analogize the test, and we would hold that the Crown has satisfied us that it cannot be said that but for the misdirection the verdict of the jury

les pouvoirs d'une cour d'appel dans le contexte d'un appel interjeté par le ministère public devaient être, *mutatis mutandis*, analogues à ceux exercés lorsque l'appel était interjeté par l'accusé. Dans ce dernier cas s'appliquait une disposition réparatrice correspondant à l'actuel sous-al. 686(1)*b*)(iii). Voir l'arrêt *White c. The King*, [1947] R.C.S. 268. La modification (S.C. 1953-1954, ch. 51) n'a pas supprimé le pouvoir discrétionnaire, mais il ne le définissait pas non plus. Il semble que le Parlement se soit contenté de laisser aux tribunaux le soin de préciser les circonstances dans lesquelles ce pouvoir pouvait s'exercer. À la différence de l'appel interjeté par l'accusé contre la déclaration de culpabilité, l'appel du ministère public contre l'acquittement est assez inhabituel, et cette possibilité n'est pas prévue dans tous les pays dotés d'un système semblable au nôtre. Il conviendrait en conséquence que le Parlement accorde aux tribunaux une plus grande latitude en ce qui concerne les situations où l'erreur commise au procès devrait donner lieu à un nouveau procès ou à une déclaration de culpabilité à la suite d'un appel interjeté par le ministère public.

Dans l'arrêt *Vézeau*, notre Cour a conclu que le pouvoir discrétionnaire d'accueillir un appel du ministère public fondé sur une erreur de droit comprenait le pouvoir, qui existait avant la modification, de rejeter cet appel s'il ne s'agissait pas d'une erreur judiciaire grave. À la page 291, le juge Martland a adopté la méthode suivie par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. Paquette* (1974), 19 C.C.C. (2d) 154:

> Le paragraphe [686(4)] ne contient aucune disposition qui soit l'équivalent du sous-al. (iii) de l'al. *b*) du par. (1) de l'art. 613. La Cour d'appel de l'Ontario a examiné les pouvoirs du tribunal en vertu de ce paragraphe dans *R. v. Paquette*, à la p. 162. Après avoir cité le par. (4), la Cour déclare:
>
> (TRADUCTION) Il y a lieu de signaler que l'expression «aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave» ne figure pas dans ce paragraphe alors qu'elle figure dans celui visant le cas d'un appel interjeté par un accusé. Cependant nous croyons qu'il y a lieu, en l'espèce, d'appliquer ce critère par voie d'analogie et nous statuons que le ministère public nous a convain-

would necessarily have been the same. [Emphasis added.]

Consequently, notwithstanding an error of law, the Crown now has the obligation of satisfying the Court of Appeal that the verdict would not necessarily have been the same absent the error. See *Vézeau*, at p. 292, and *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345.

The Court of Appeal has, apart from the discretion defined in *Vézeau*, the power to correct an abuse of process. Indeed, that is the power which appears to have been the basis for the exercise of discretion by the majority of the Court of Appeal in this case. While the more usual exercise of this power occurs in review of the decision of the trial judge with respect to an abuse of process that occurred at trial, exceptionally it may be exercised by the Court of Appeal in first instance where the abuse occurs during the appeal proceedings. See *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880, at pp. 915-16. In view of the conclusion that I have reached it is unnecessary for me to consider whether the conduct of the Crown in this case amounted to an abuse of process.

In the argument before this Court a question was raised as to whether the Crown could satisfy the *Vézeau* test in the circumstances. If an acquittal would necessarily have resulted had the breathalyzer evidence been admitted, the Crown would fail to discharge its burden under that test. The conclusion in this regard would depend to a great extent on whether the Crown, in seeking to establish what would have occurred absent the error, could resort to the evidence it could but did not call. The argument against such use is that the Crown should not be allowed to rely on untested evidence, which it chose not to call, in order to secure a new trial. The response of the appellant Crown to this submission was that in a Crown appeal from a directed verdict of acquittal by reason of no evidence, the *Vézeau* test is not appropriate. Reference was made to *R. v. Collins* (1993), 79 C.C.C. 204 (Ont. C.A.), wherein Arbour J.A. concluded that in a jury case an appeal from a directed verdict of acquittal should generally be

cus qu'on ne peut dire qu'en l'absence de la directive erronée, le verdict du jury aurait nécessairement été le même. [Je souligne.]

Par conséquent, même s'il y a eu erreur de droit, le ministère public est maintenant tenu de convaincre la cour d'appel que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même en l'absence de l'erreur; voir l'arrêt *Vézeau*, à la p. 292, et l'arrêt *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345.

Indépendamment du pouvoir discrétionnaire défini dans l'arrêt *Vézeau*, la cour d'appel est investie du pouvoir de redresser un abus de procédure. C'est précisément ce dernier pouvoir discrétionnaire que semblent avoir exercé les juges majoritaires de la Cour d'appel en l'espèce. Quoique ce pouvoir s'exerce le plus fréquemment pour contrôler la décision du juge du procès lorsqu'il y a eu abus de procédure au procès, la Cour d'appel peut exceptionnellement l'exercer en première instance si l'abus se produit au cours de la procédure d'appel; voir l'arrêt *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880, aux pp. 915 et 916. Vu la conclusion à laquelle je suis arrivé, je n'ai pas à examiner si la conduite du ministère public en l'espèce constituait un abus de procédure.

Dans les débats devant notre Cour, on s'est demandé si le ministère public pouvait, dans les circonstances, satisfaire au critère énoncé dans l'arrêt *Vézeau*. Dans l'hypothèse où un acquittement aurait nécessairement été prononcé si la preuve obtenue au moyen de l'alcootest avait été admise, le ministère public ne se serait pas acquitté de la charge que lui imposait ce critère. La conclusion sur ce point tiendrait dans une large mesure à la réponse donnée à la question de savoir si le ministère public, en tentant d'établir ce qui se serait passé en l'absence de l'erreur, peut avoir recours aux éléments de preuve qu'il aurait pu produire, mais qu'il n'a pas produits. Suivant l'argument qui s'oppose à pareille utilisation de ces éléments de preuve, il ne devrait pas être permis au ministère public d'invoquer, pour obtenir un nouveau procès, une preuve qui n'a été soumise à aucun examen et qu'il a choisi de ne pas présenter. Ce à quoi le ministère public appelant a répondu qu'il ne convient pas d'appliquer le critère formulé

allowed if the trial judge erred in withdrawing the case from the jury on the basis of no evidence. Her reasons illustrate the difficulty in applying the *Vézeau* test in these circumstances. Not only must the court speculate as to what would have occurred if the case had not been withdrawn from the jury, but the Crown is effectively deprived of a jury trial in the event that the Court of Appeal concludes that an acquittal was inevitable.

Without expressing an opinion on the correctness of the opinion, that in a *Collins*-type of situation, the Court of Appeal should focus on the error of the trial judge rather than its possible effect on the ultimate verdict, it seems that there is a distinction between a case in which the Crown calls all of its evidence, and a case such as this in which the Crown deliberately chooses to bring about a directed verdict by not calling available evidence. In the latter case it can be argued that it is wrong to focus on the error of the trial judge which triggered the decision of the Crown because the directed verdict was not the result of an error of the trial judge but of the decision to withhold evidence. While these are issues that will no doubt have to be resolved in a proper case, I do not propose to attempt to do so here. Not only is it unnecessary to do so in order to resolve this case, but the issue also was apparently not raised in the Court of Appeal and was not dealt with in the reasons of either the majority or minority.

The decision of this Court in *Vézeau* in providing a test for the exercise of the discretion conferred by s. 686(4) did not purport to exhaust the definition of that discretion so as to preclude the Court, in appropriate circumstances, from adding

dans l'arrêt *Vézeau* à un appel interjeté par le ministère public contre un verdict d'acquittement imposé en raison de l'absence de preuve. On a mentionné l'arrêt *R. c. Collins* (1993), 79 C.C.C. 204 (C.A. Ont.), dans lequel le juge Arbour a conclu que, dans le cas d'une affaire entendue devant un jury, l'appel du verdict imposé d'acquittement doit généralement être accueilli si c'est à tort que le juge du procès a dessaisi le jury pour cause d'absence de preuve. Les motifs du juge Arbour illustrent combien il est difficile d'appliquer dans de telles circonstances le critère énoncé dans l'arrêt *Vézeau*. Non seulement la cour est obligée de conjecturer sur ce qui serait arrivé si le jury n'avait pas été dessaisi, mais le ministère public se voit dans les faits privé d'un procès devant jury au cas où la Cour d'appel conclurait que l'acquittement était inévitable.

Sans me prononcer sur le bien-fondé de l'opinion selon laquelle, dans une situation comme celle qui se présentait dans l'affaire *Collins*, la cour d'appel devrait porter son attention sur l'erreur du juge du procès plutôt que sur son effet éventuel sur le verdict, je crois qu'il y a une différence entre le cas où le ministère public présente la totalité de sa preuve et un cas comme celui qui nous occupe, où il choisit délibérément de provoquer un verdict imposé en ne produisant pas des éléments de preuve dont il dispose. On peut soutenir que, dans le second cas, on a tort de s'arrêter à l'erreur du juge du procès qui a entraîné la décision du ministère public parce que le verdict imposé a résulté non pas d'une erreur du juge, mais bien de la décision de ne pas produire des éléments de preuve. Ce sont certes là des questions qui vont devoir être tranchées en temps et lieu, mais je n'entends pas le faire en l'espèce. Non seulement cela n'est pas nécessaire pour trancher le présent litige, mais la question ne semble pas avoir été soulevée en Cour d'appel et n'a été abordée dans les motifs ni de la majorité ni de la minorité.

Notre Cour, en établissant dans l'arrêt *Vézeau* un critère pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire que confère le par. 686(4), ne prétendait pas définir exhaustivement ce pouvoir de manière à nous empêcher d'élargir ou de restreindre, le cas

to or qualifying the application of that test. To conclude that new provisions limited the exercise of discretion to reinstatement of the test which obtained prior to the amendment would render the amendment meaningless. In my opinion, there is support in our jurisprudence for a limited discretion on the part of the Court of Appeal to decline to allow an appeal in some circumstances in which the Crown unreasonably shuts down its case with the result that a verdict of acquittal is directed. The justification for such a discretion is indicated in several appellate court decisions.

In *Banas*, *supra*, the Ontario Court of Appeal, *per* Martin J.A., concluded that tape recordings of private communications which had been excluded at trial ought to have been admitted and agreed that the recordings were at the heart of the Crown's case. In allowing the Crown appeal from the directed verdict of acquittal and ordering a new trial, Martin J.A. concluded as follows, at p. 230:

> We do not think that the Crown, in the circumstances, is precluded from appealing the directed verdict because Crown counsel decided not to continue with the trial which he considered would be fruitless and which would not result in a conviction due to the erroneous exclusion of vital evidence. We are satisfied that if the trial Judge had not excluded the evidence of the intercepted private communications the verdict of the jury would not necessarily have been the same. However we wish to point out that if in a particular case we considered that Crown counsel had unreasonably declined to present substantial evidence in his possession which would support a conviction merely in order to appeal an adverse ruling on the admissibility of evidence, we would not hesitate to hold that the Crown in those circumstances was precluded from appealing an acquittal. We are, however, satisfied that this it not what occurred here. [Emphasis added.]

Similarly, in *Voykin*, *supra*, in determining that business records had been wrongfully excluded by the trial judge, resulting in the acquittal of the

échéant, l'application de ce critère. Conclure que des nouvelles dispositions ont limité l'exercice du pouvoir discrétionnaire au rétablissement du critère appliqué antérieurement à la modification reviendrait à vider celle-ci de tout son sens. À mon avis, notre jurisprudence appuie l'existence d'un pouvoir discrétionnaire limité détenu par la cour d'appel, dans l'exercice duquel celle-ci peut refuser d'accueillir un appel dans certaines situations où le ministère public a déraisonnablement discontinué la présentation de sa preuve, entraînant ainsi un verdict imposé d'acquittement. La justification de ce pouvoir discrétionnaire se dégage de plusieurs arrêts de cours d'appel.

Dans l'arrêt *Banas*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario, par l'intermédiaire du juge Martin, a conclu que les enregistrements magnétiques de communications privées, qui avaient été écartés au procès, auraient dû être admis et il a convenu que ces enregistrements étaient essentiels à la preuve du ministère public. En accueillant l'appel du ministère public contre le verdict imposé d'acquittement et en ordonnant la tenue d'un nouveau procès, le juge Martin a conclu, à la p. 230:

> [TRADUCTION] Nous estimons que, dans les circonstances, rien n'empêche le ministère public d'interjeter appel du verdict imposé, la raison à cela étant que le substitut du procureur général a décidé de ne pas persévérer dans un procès qu'il tenait pour inutile et qui n'aurait pas abouti à une déclaration de culpabilité à cause de l'exclusion erronée d'une preuve indispensable. Nous sommes convaincus que, si le juge du procès n'avait pas écarté comme preuve les communications privées interceptées, le verdict du jury n'aurait pas nécessairement été le même. Nous tenons toutefois à préciser que si, dans un cas particulier, nous estimions que le substitut du procureur général s'était déraisonnablement abstenu de présenter une preuve substantielle dont il disposait et qui aurait fondé une déclaration de culpabilité, dans le seul but d'interjeter appel d'une décision défavorable sur l'admissibilité de certains éléments de preuve, nous n'hésiterions pas à conclure que le ministère public ne pourrait pas alors en appeler de l'acquittement. Nous sommes cependant persuadés que ce n'est pas ce qui s'est passé en l'espèce. [Je souligne.]

De même, dans l'arrêt *Voykin*, précité, en concluant que le juge du procès avait erronément écarté des registres commerciaux, entraînant ainsi

accused, Hetherington J.A. for the Alberta Court of Appeal stated, at p. 281:

We agree with the statements of Mr. Justice Martin in [*Banas*, *supra*] . . . to the effect that a Court of Appeal should not countenance an appeal by the Crown of an adverse ruling as to the admissibility of evidence if a conviction could have been obtained without the evidence which was excluded. We do not accept the contention of counsel for [the accused] . . . that this issue is one for the trial judge. It is for a Court of Appeal to decide whether the Crown has launched an unnecessary appeal. [Emphasis added.]

Furthermore, in *Bailey*, *supra*, the Ontario Court of Appeal determined that a trial judge had wrongfully refused to allow a Crown witness to testify on the basis of spousal incompetence, which resulted in the Crown's decision not to call further evidence and ultimately led to an acquittal. The court, however, *per* Morden J.A., relying on the words of Martin J.A. in *Banas*, *supra*, concluded that the excluded evidence was not essential to the Crown's case and dismissed the appeal stating the following, at p. 25:

In these circumstances it cannot be said that it was the trial judge's error, alone, that might have affected the result. The result may also have been affected by Crown counsel's decision not to call any evidence. While I am prepared to assume that [the Crown witness'] evidence was important, to use a general term, there is no indication of what part it would have played in the Crown's case and no basis for concluding that it would have been fruitless for the Crown to have continued without it.

Finally, in *R. v. Whittle* (1992), 78 C.C.C. (3d) 49, after the trial judge had excluded certain inculpatory statements made by the accused, the Crown offered no evidence and the trial judge directed a verdict of acquittal. On appeal, the exclusion of the evidence was held to be in error. Although there was some evidence which could have been led by the Crown and which might have been sufficient for a *prima facie* case, the court was satisfied that

l'acquittement de l'accusé, le juge Hetherington de la Cour d'appel de l'Alberta a dit, à la p. 281:

[TRADUCTION] Nous souscrivons aux observations du juge Martin qui, dans l'arrêt [*Banas*, précité] a dit en substance qu'une cour d'appel ne devrait pas admettre un appel interjeté par le ministère public contre une décision défavorable concernant l'admissibilité d'éléments de preuve s'il aurait été possible d'obtenir un verdict de culpabilité en l'absence des éléments de preuve écartés. Nous rejetons l'argument de l'avocat de [l'accusé] [. . .] selon lequel cette question relève de la compétence du juge du procès. C'est à la cour d'appel qu'il appartient de décider si le ministère public a formé un appel inutile. [Je souligne.]

De plus, dans l'arrêt *Bailey*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que c'est à tort que le juge du procès avait, en invoquant l'inaptitude du conjoint à témoigner, refusé de permettre à un témoin à charge de déposer, ce qui a amené le ministère public à ne pas produire d'autre preuve et qui a entraîné finalement un verdict d'acquittement. La Cour d'appel, toutefois, par l'intermédiaire du juge Morden, qui s'appuyait sur les propos tenus par le juge Martin dans l'arrêt *Banas*, précité, a dit que la preuve écartée n'était pas essentielle pour le ministère public et a rejeté l'appel. La cour a déclaré, à la p. 25:

[TRADUCTION] Dans ces circonstances, on ne saurait prétendre que l'erreur du juge du procès a pu à elle seule influer sur l'issue du litige. Il se peut aussi que la décision du substitut du procureur général de ne pas présenter d'autre preuve ait eu une incidence sur le résultat. Tout disposé que je sois à prêter de l'importance, pour utiliser un terme général, à la déposition [du témoin à charge], il n'y a rien qui indique quel rôle elle aurait joué dans l'argumentation du ministère public ni rien qui permette de conclure qu'il aurait été inutile pour ce dernier de continuer sans cette déposition.

En dernier lieu, dans l'affaire *R. c. Whittle* (1992), 78 C.C.C. (3d) 49, après que le juge du procès eut écarté certaines déclarations inculpatoires faites par l'accusé, le ministère public n'a produit aucune autre preuve, par suite de quoi le juge a imposé un verdict d'acquittement. En appel, l'exclusion des déclarations a été jugée erronée. Quoiqu'il y avait certains éléments de preuve que le ministère public aurait pu présenter et qui

the test in *Vézeau* had been satisfied. Notwithstanding this conclusion, the court went on to consider the legal consequence of the failure of the Crown to adduce available evidence. Goodman J.A. for the court reasoned that the principle stated by Martin J.A. in *Banas*, *supra*, was a qualification of *Vézeau*. At pages 69-70, he states:

> To that principle has been added the qualification that if the appellate court were of the opinion that Crown counsel had unreasonably declined to present substantial evidence in his possession which would support a conviction *merely in order to appeal an adverse ruling on the admissibility of evidence*, it would be precluded from appealing an acquittal. [Emphasis in original.]

He went on to conclude, at p. 70, that counsel had not acted unreasonably:

> I have, however, no reason to doubt that Crown counsel sincerely believed that the evidence available to the prosecution, absent the statements ruled to be inadmissible, did not have sufficient probative force to constitute a *prima facie* case. I am of the further opinion, based on the submissions made to the court and the facts available on the record, that he did not decline to adduce further evidence merely in order to appeal the adverse ruling. [Emphasis added.]

These cases indicate that, apart from the capacity to stay for abuse of process, an appellate court is entitled to consider whether the Crown has acted unreasonably in refusing to call further evidence at trial because of an adverse evidentiary ruling and to refuse to order a new trial in such circumstances. As with abuse of process, this discretion must be exercised sparingly, taking into account a number of factors. The threshold requirement for invocation of this discretion is that, apart from the evidence excluded, the case of the Crown was sufficient to be put to the jury. As such, where the remaining evidence of the Crown meets the essential elements of the offence, but the Crown chooses not to call that evidence, then the threshold

auraient pu suffire à constituer une preuve *prima facie*, la cour d'appel était convaincue qu'on avait satisfait au critère énoncé dans l'arrêt *Vézeau*. Malgré cette conclusion, la cour a poursuivi en examinant les conséquences juridiques de l'omission du ministère public de produire des éléments de preuve en sa possession. Le juge Goodman, s'exprimant au nom de la cour, a estimé que le principe posé par le juge Martin dans l'arrêt *Banas*, précité, venait restreindre la portée de l'arrêt *Vézeau*. Aux pages 69 et 70, il tient les propos suivants:

> [TRADUCTION] À ce principe est venu s'ajouter cette restriction que si la cour d'appel estime que le substitut du procureur général s'est déraisonnablement abstenu de présenter une preuve substantielle dont il disposait et qui aurait fondé une déclaration de culpabilité, *dans le seul but d'interjeter appel d'une décision défavorable sur l'admissibilité de certains éléments de preuve*, il lui sera interdit d'en appeler de l'acquittement. [Italiques dans l'original.]

Il ajoute, à la p. 70, que le substitut du procureur général n'avait pas agi déraisonnablement:

> [TRADUCTION] Je n'ai toutefois aucune raison de douter que le substitut du procureur général croyait sincèrement que, sans les déclarations jugées inadmissibles, les éléments de preuve dont il disposait n'avaient pas une valeur probante suffisante pour constituer une preuve *prima facie*. Je suis en outre d'avis, compte tenu des observations présentées à la cour et des faits qui se dégagent du dossier, qu'il ne s'est pas abstenu de produire d'autres éléments de preuve dans le seul but d'interjeter appel de la décision défavorable. [Je souligne.]

Il ressort de cette jurisprudence que les cours d'appel sont investies non seulement du pouvoir d'arrêter les procédures en cas d'abus de procédure, mais aussi du pouvoir d'examiner si le ministère public a agi déraisonnablement en refusant de produire d'autres éléments de preuve au procès par suite d'une décision défavorable sur une question de preuve, et de celui de ne pas ordonner la tenue d'un nouveau procès en pareil cas. Comme pour l'abus de procédure, ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé avec mesure, en tenant compte de plusieurs facteurs. Il faut, comme condition préliminaire de l'exercice de ce pouvoir, qu'indépendamment de la preuve écartée, le ministère public ait disposé d'une preuve suffisante pour

requirement for exercising appellate discretion to refuse to order a new trial is met. However, the final determination will depend upon a weighing of other factors, including, the relative strength of the evidence not called, the relative importance of the evidence excluded by the impugned ruling, the degree of prejudice which further proceedings present to the accused and the reasons for the decision of the Crown not to call further evidence.

As a general rule a decision to shut down the Crown's case simply to appeal an adverse ruling will be held to be unreasonable. On the other hand, where the evidence which has been excluded is relatively important and the remaining evidence, although perhaps sufficient to make out a *prima facie* case, is so weak that the prosecutor concludes that continuing with the trial is a waste of time, a decision to terminate the proceedings may be reasonable. If any special prejudice over and above prejudice that can be inferred from any prolongation of criminal proceedings is proved, it will be an important factor to be weighed by the Court of Appeal. The court should be mindful of the fact that exercising this power must be done sparingly in that it constitutes a review of prosecutorial discretion. The exercise of prosecutorial discretion in the *bona fide* interests of efficient justice and not merely for tactical advantage must be respected. It follows from the above that the explanation submitted by the Crown for its decision, particularly at trial, will play an important part in the review of that decision by the Court of Appeal.

Application to the Case at Bar

While close to the line, I would uphold the exercise of the discretion by the Newfoundland Court of Appeal to refuse to order a new trial in the present case. I would not, however, do so on the

qu'elle soit présentée au jury. Donc, lorsque cette autre preuve du ministère public établit l'existence des éléments essentiels de l'infraction mais que le ministère public choisit de ne pas la produire, la condition préliminaire de l'exercice par la cour d'appel de son pouvoir discrétionnaire de refuser d'ordonner la tenue d'un nouveau procès aura été remplie. Toutefois, la décision tiendra finalement à l'appréciation d'autres facteurs, dont la valeur probante relative des éléments de preuve non produits, l'importance relative de la preuve écartée par la décision attaquée, la gravité du préjudice qu'entraîneront pour l'accusé de nouvelles procédures et les motifs de la décision du ministère public de ne produire aucune autre preuve.

En règle générale, la décision du ministère public de discontinuer l'administration de sa preuve dans le seul but d'interjeter appel d'une décision défavorable sera jugée déraisonnable. Par ailleurs, lorsque la preuve écartée est relativement importante et que les autres éléments de preuve, quoique peut-être suffisants pour constituer une preuve *prima facie*, sont d'une valeur probante tellement faible que le poursuivant conclut à l'inutilité de continuer le procès, la décision de mettre fin à l'instance pourra être raisonnable. La preuve d'un préjudice particulier en sus de celui pouvant s'inférer de la prolongation des procédures criminelles sera un facteur important à prendre en considération par la cour d'appel. La cour ne doit pas perdre de vue que le pouvoir en question doit s'exercer avec mesure puisqu'il s'agit du contrôle du pouvoir discrétionnaire de la poursuite. Il faut respecter le pouvoir discrétionnaire de la poursuite lorsqu'il s'exerce légitimement pour assurer l'administration efficace de la justice et non pas simplement pour obtenir un avantage sur le plan de la tactique. Il s'ensuit que l'explication donnée par le ministère public pour sa décision, particulièrement au procès, jouera un rôle important dans l'examen de cette décision par la cour d'appel.

Application en l'espèce

Bien qu'il s'agisse d'un cas limite, je suis d'avis de confirmer la décision de la Cour d'appel de Terre-Neuve d'exercer son pouvoir discrétionnaire en n'ordonnant pas la tenue d'un nouveau procès

ground relied on by both Marshall and Cameron JJ.A. who concluded that the appeal should be dismissed because the appeal was unnecessary and thereby constituted an abuse of process. Rather, I have concluded that an appellate court also has a discretion, albeit a limited one, to refuse to allow an appeal from an acquittal in circumstances where the Crown, in an unreasonable exercise of prosecutorial discretion, decided not to call further evidence following an evidentiary ruling adverse to its position. I would apply that appellate court discretion to the facts of this case, according to the factors which were set out above.

The Other Evidence

In considering the other evidence which the appellant decided not to call, it is necessary to identify the elements of the offence in question and to consider whether the other evidence was sufficient to warrant putting the appellant's case to the jury. In reaching this determination, the test to be applied is whether the other evidence, "if believed by a properly charged jury acting reasonably, would justify a conviction": *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154, at p. 161. In this case, three charges were laid against the respondent: two counts of impaired driving causing bodily harm contrary to s. 255(2) of the *Criminal Code* and one count of impaired driving causing death contrary to s. 255(3). In order to substantiate its case, the appellant would have to demonstrate that: (i) the respondent was operating the vehicle in question; (ii) the respondent's ability to drive was impaired by alcohol; and (iii) the impaired driving ability of the respondent caused the death and bodily harm which occurred.

With respect to the first element of the offences, the evidence from the preliminary hearing indicated that four individual witnesses could have identified the respondent as the person driving the vehicle in question. Jeffrey Porter, Gordon Aylward and Glen McGrath were all passengers in the

en l'espèce. Je ne fonde toutefois pas cette décision sur le motif invoqué par les juges Marshall et Cameron, qui ont conclu au rejet de l'appel parce qu'il n'était pas nécessaire et constituait en conséquence un abus de procédure. J'ai conclu plutôt qu'une cour d'appel détient également un pouvoir discrétionnaire, quoique restreint, de refuser d'accueillir un appel d'un acquittement dans des circonstances où le ministère public, exerçant déraisonnablement le pouvoir discrétionnaire de la poursuite, a décidé de ne produire aucune autre preuve consécutivement à une décision défavorable à sa cause sur une question de preuve. J'estime qu'il y a lieu d'appliquer ce pouvoir discrétionnaire de la cour d'appel aux faits de l'espèce, selon les facteurs exposés plus haut.

Les autres éléments de preuve

En examinant les autres éléments de preuve, que l'appelante a décidé de ne pas produire, il nous faut préciser les éléments de l'infraction en question et examiner si ces autres éléments de preuve étaient suffisants pour être présentés au jury. Le critère à appliquer pour décider ce point est celui de savoir si les autres éléments de preuve, «s'il[s] étai[en]t accepté[s] par un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable, justifierai[en]t une déclaration de culpabilité»: *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154, à la p. 161. En l'espèce, trois accusations ont été portées contre l'intimé: deux de conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles, en contravention du par. 255(2) du *Code criminel*, et une de conduite avec facultés affaiblies causant la mort, en contravention du par. 255(3). Pour prouver la perpétration de ces infractions, l'appelante doit établir: (i) que l'intimé conduisait le véhicule en question; (ii) que sa capacité de conduire était affaiblie par l'alcool; (iii) que cet affaiblissement a causé le décès et les lésions corporelles en question.

En ce qui concerne le premier élément des infractions, il ressort de la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire que quatre témoins différents auraient pu identifier l'intimé comme le conducteur du véhicule en cause. Jeffrey Porter, Gordon Aylward et Glen McGrath étaient tous

vehicle and testified at the preliminary hearing that the respondent had been the person driving the vehicle at the time of the accident. Additionally, an eyewitness to the accident, William Keary, also identified the respondent as the driver of the vehicle. As such, there would appear to have been ample other evidence with respect to this element of the appellant's case.

With respect to the second aspect, it was not necessary to have breathalyzer evidence to prove that the respondent's ability to operate a motor vehicle was impaired by alcohol, nor to show that sobriety tests had been performed so long as observations of the respondent indicated that his behaviour represented a "marked departure from the norm": *R. v. Smith* (1992), 73 C.C.C. (3d) 285 (Alta. C.A.), and *R. v. Andres*, [1982] 2 W.W.R. 249 (Sask. C.A.). Even without the breathalyzer evidence, the Crown could have relied on the testimony of three witnesses who had been drinking with the respondent all afternoon and could identify the quantity of beer he had consumed and on the observations and opinions of two police officers as to the degree of intoxication of the respondent: *Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819. Jeffrey Porter, Gordon Aylward and Glen McGrath all testified at the preliminary hearing that the respondent had consumed approximately six or seven bottles of beer in the three or four hour period before the accident occurred. Although both Porter and Aylward, who testified that they had consumed a similar amount of alcohol during the same time period, stated their opinion that the respondent was "okay" to drive, both Constables Stanley and Tilley testified at the preliminary hearing that, in their opinion, the bloodshot eyes, strong odour of alcohol and slurred speech of the respondent indicated that he was intoxicated. In fact, Constable Tilley, who performed the breathalyzer stated that it was his opinion, based on his observations of the respondent, that the respondent was well over the legal blood-alcohol limit for driving a motor vehicle. Moreover, the Crown could have introduced the evidence of its expert, Elizabeth Dittmar, with respect to the effects on driving ability of the quantity of alcohol consumed by a person the size of the respondent

passagers dans ce véhicule et ont témoigné à l'enquête préliminaire que c'était l'intimé qui le conduisait au moment de l'accident. En outre, William Keary, témoin oculaire, a lui aussi identifié l'intimé comme le conducteur. Il semble donc y avoir eu amplement d'autres preuves relativement à cet élément à établir par l'appelante.

Pour ce qui est du deuxième élément, la preuve obtenue grâce à l'alcootest n'était pas indispensable pour prouver que la capacité de l'intimé de conduire un véhicule automobile était affaiblie par l'alcool. De plus, il n'était pas nécessaire de démontrer qu'on avait fait des tests visant à déterminer si les facultés de l'intimé étaient affaiblies, pourvu que le comportement constaté chez ce dernier ait constitué un [TRADUCTION] «écart marqué par rapport à la norme»: *R. c. Smith* (1992), 73 C.C.C. (3d) 285 (C.A. Alb.), et *R. c. Andres*, [1982] 2 W.W.R. 249 (C.A. Sask.). Même sans la preuve obtenue au moyen de l'alcootest, le ministère public aurait pu s'appuyer sur la déposition de trois témoins qui avaient bu avec l'intimé tout l'après-midi et qui savaient quelle quantité de bière il avait consommée, ainsi que sur les constatations et les opinions de deux policiers relativement au degré d'ivresse de l'intimé: *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819. Jeffrey Porter, Gordon Aylward et Glen McGrath ont tous témoigné à l'enquête préliminaire que l'intimé avait consommé environ six ou sept bouteilles de bière au cours des trois ou quatre heures qui ont précédé l'accident. Bien que Porter et Aylward, qui ont déclaré avoir consommé une quantité semblable d'alcool pendant la même période, se soient dits d'avis que l'intimé était [TRADUCTION] «en état» de conduire, les agents Stanley et Tilley ont témoigné lors de l'enquête préliminaire que, d'après eux, les yeux injectés de sang, la forte odeur d'alcool et les troubles d'élocution qu'ils avaient constatés chez l'intimé indiquaient qu'il était ivre. De fait, l'agent Tilley, qui lui a administré l'alcootest, a dit qu'à son avis, d'après ses observations, l'intimé dépassait largement l'alcoolémie maximale légalement permise en matière de conduite de véhicules automobiles. Qui plus est, le ministère public aurait pu faire témoigner Elizabeth Dittmar relativement aux

since she was a qualified expert in the field: *R. v. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90, and *R. v. Kucher* (1979), 48 C.C.C. (2d) 115. In my opinion, the body of other evidence with respect to this aspect of the offences was certainly not so deficient that withdrawal of the case from the jury would have been justified.

As to the third element of the offence, causation, it was incumbent upon the Crown to adduce sufficient evidence to demonstrate that the impairment of the respondent was "at least a contributing cause of death [and injury], outside the de minimis range": *R. v. Pinske* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 114 (C.A.) at p. 123, aff'd, [1989] 2 S.C.R. 979. Of necessity, the issue of causation requires consideration of competing theories as to the explanation for occurrence of the accident which resulted in injury and death. The case at bar is no exception, since the evidence tendered at the preliminary inquiry disclosed alternative possibilities with respect to causation: impaired driving capacity, poor road conditions and mechanical disrepair. However, I would reiterate that, in order to found the basis for a conviction, it need not be demonstrated that impairment was the sole cause, since it may well be that, even though a combination of factors were involved, impairment was still more than a *de minimis* cause of the death and injury which occurred: *Pinske, supra.* The evidence pertaining to the quantity of alcohol consumed by the respondent, as well as the observations and opinions of the police officers involved in the investigation, present a substantial body of evidence relating to impairment, which might have been augmented by the expert witness. The other evidence relating to the impact of poor road conditions must also be factored into the causation equation. Jeffrey Porter, one of the passengers in the vehicle allegedly driven by the respondent, testified at the preliminary hearing that, prior to impact, the rear of the vehicle began to slide and the eyewitness, William Keary, indicated that the vehicle slid around the corner before impact and that the road conditions were "damp". Moreover, Randolph Chafe, the mechanic who inspected the

effets de la quantité d'alcool consommé par l'intimé sur la capacité de conduire d'une personne de la taille de celui-ci, car elle était reconnue comme experte en la matière: *R. c. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90, et *R. c. Kucher* (1979), 48 C.C.C. (2d) 115. J'estime que les autres éléments de preuve se rapportant à cet aspect des infractions n'étaient certainement pas insuffisants au point de justifier que le jury soit dessaisi de l'affaire.

Quant au troisième élément de l'infraction, celui de la causalité, il incombait au ministère public de produire une preuve suffisante pour démontrer que l'affaiblissement des facultés de l'intimé a [TRADUCTION] «à tout le moins contribué à la mort [et aux lésions], de façon plus que mineure»: *R. c. Pinske* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 114 (C.A.), à la p. 123, conf. par [1989] 2 R.C.S. 979. La question de la causalité exige nécessairement l'examen de théories contradictoires avancées pour expliquer l'accident qui a causé des lésions corporelles et la mort. La présente espèce n'est pas une exception puisque la preuve présentée à l'enquête préliminaire a fait ressortir différentes hypothèses en ce qui concerne la causalité, à savoir: la capacité affaiblie de conduire, le mauvais état de la route et le mauvais état mécanique de l'automobile. Je tiens toutefois à répéter que, pour établir un fondement pour un verdict de culpabilité, on n'a pas à prouver que l'affaiblissement des facultés constituait l'unique cause, car il se peut bien que, même s'il y a eu un concours de plusieurs facteurs, l'affaiblissement ait tout de même été une cause plus que mineure de la mort et des lésions en question: *Pinske*, précité. La preuve relative à la quantité d'alcool consommée par l'intimé ainsi que les constatations et les opinions des policiers qui menaient l'enquête forment un ensemble substantiel d'éléments de preuve qui se rapportent à la question de l'affaiblissement des facultés, lesquels auraient pu être renforcés par le témoin expert. Mais il faut aussi faire entrer en ligne de compte, relativement à la causalité, la preuve concernant l'effet du mauvais état de la route. Jeffrey Porter, l'un des passagers dans le véhicule qu'aurait conduit l'intimé, a témoigné à l'enquête préliminaire qu'avant la collision l'arrière du véhicule avait commencé à déraper. Le témoin oculaire, William

vehicle allegedly driven by the respondent after the accident gave evidence at the preliminary inquiry that the left rear tire of the vehicle was bald and the left brake lining worn off completely. While these circumstances tend to weaken the Crown's case, their weight was for the jury to assess. There was ample evidence to go to the jury.

Relative Importance of the Excluded Evidence

The breathalyzer evidence which was excluded by the impugned ruling would, if accepted, have tended to show that the respondent had consumed more alcohol than the other evidence relating to consumption might have indicated. At the preliminary inquiry, the expert was able to state conclusively, on the basis of the breathalyzer readings of 170 mg of alcohol in 100 ml of blood, that the blood alcohol level of the respondent at the time of the accident would have been 180 to 210 mg of alcohol per 100 ml of blood. Further, she indicated that an individual's ability to safely operate a motor vehicle is definitely impaired when the blood alcohol concentration reaches or exceeds 100 mg of alcohol in 100 ml of blood. When cross-examined at the preliminary hearing and asked to assess the blood alcohol level of the respondent based upon his weight, the amount consumed and the period over which it was consumed, according to the version of the evidence most favourable to the respondent, the expert could offer only a range of concentrations between 35 and 120 mg of alcohol per 100 ml of blood. Nevertheless, the fact that the breathalyzer could have provided stronger evidence of impairment did not render it crucial to the appellant's case, in wake of substantial other evidence of alcohol consumption and observations and opinions of impairment.

It was argued by the appellant that the evidence of causative factors other than impairment ren-

Keary, a indiqué que, juste avant la collision, le véhicule avait effectué le virage en glissant et que le pavé était [TRADUCTION] «humide». De plus, Randolph Chafe, le mécanicien qui a inspecté ce véhicule après l'accident, a témoigné lors de l'enquête préliminaire que le pneu arrière gauche était complètement usé et que le frein gauche avant n'avait plus de garniture. Ces circonstances tendent certes à miner l'argument du ministère public, mais c'était au jury de déterminer le poids à leur attribuer. Il existait donc amplement d'éléments de preuve à soumettre au jury.

L'importance relative de la preuve écartée

La preuve obtenue au moyen de l'alcootest qui a été écartée par la décision contestée aurait, si elle avait été admise, eu tendance à démontrer que l'intimé avait consommé davantage d'alcool que ne l'indiquaient peut-être les autres éléments de preuve à ce sujet. À l'enquête préliminaire, l'experte a pu affirmer catégoriquement, en se fondant sur l'alcoolémie de 170 mg d'alcool par 100 ml de sang révélée par l'alcootest, que l'alcoolémie de l'intimé se situait, au moment de l'accident, entre 180 et 210 mg d'alcool par 100 ml de sang. Elle a indiqué en outre que la capacité d'une personne de conduire prudemment un véhicule automobile est certainement affaiblie du moment que l'alcoolémie atteint ou dépasse les 100 mg d'alcool par 100 ml de sang. Quand, au cours de son contre-interrogatoire à l'enquête préliminaire, on lui a demandé d'estimer l'alcoolémie de l'intimé en fonction de son poids en tenant compte de la quantité d'alcool qu'il avait consommé et de la période sur laquelle il l'avait fait d'après les témoignages les plus favorables à l'intimé, l'experte n'a pu la mettre qu'entre 35 et 120 mg d'alcool par 100 ml de sang. Néanmoins, le fait que l'alcootest aurait pu fournir une preuve plus convaincante de l'affaiblissement des facultés ne rendait pas cette preuve indispensable pour l'appelante, vu l'existence d'autres éléments de preuve substantiels établissant la consommation d'alcool et compte tenu des constatations faites et des opinions exprimées à cet égard.

L'appelante a fait valoir que la preuve de l'existence de causes autres que l'affaiblissement des

dered the breathalyzer evidence even more essential to its case. I am unable to accept that submission on the basis that it does not necessarily follow that technical evidence of a higher blood alcohol level would undercut the significance of other factors relating to causation in this case. Moreover, impairment need not be the only cause of death and injury, but a contributing factor, beyond the *de minimis* level: *Pinske, supra*. Substantial other evidence of impairment was available to the appellant in this case, evidence similar in nature to that which would have been used to support such a case prior to development of the breathalyzer test. In my view, the additional evidence of impairment lent to the case by the breathalyzer would not have had a significant effect on the role played by road conditions and mechanical disrepair, nor was it essential to establishing the impairment of the respondent.

Degree of Prejudice

As Marshall J.A. noted, no specific evidence of prejudice to the respondent was tendered. It is possible, however, to infer from the two-year period in which the appeal of the original verdict of acquittal has been in the legal system that the respondent has probably suffered a certain degree of prejudice: *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771. In the circumstances, having regard to the strength of the other factors, prejudice is not an important factor in this case.

Explanation by the Crown

No explanation was offered by the Crown at trial. Immediately following the ruling, counsel for the Crown asked and was granted a brief adjournment. When he returned, the following occurred:

By the Court: Proceed.

JURY POLLED — ALL PRESENT

By the Court: Mr. Steeves.

facultés rendait encore plus essentielle celle obtenue au moyen de l'alcootest. Je ne puis admettre cet argument parce qu'il ne s'ensuit pas nécessairement qu'une preuve technique d'une alcoolémie plus élevée minerait l'importance des autres facteurs causals en l'espèce. D'autre part, l'affaiblissement des facultés ne doit pas absolument être l'unique cause de la mort et des lésions; il suffit qu'il contribue de façon plus que mineure à les causer: *Pinske*, précité. L'appelante disposait en l'espèce d'autres preuves substantielles d'affaiblissement des facultés, preuves analogues à celles qui auraient été utilisées dans un cas semblable avant l'existence de l'alcootest. À mon avis, la preuve supplémentaire de l'affaiblissement des facultés obtenue grâce à l'alcootest n'aurait pas influé sensiblement sur l'importance attachée à l'état de la route et au mauvais état du véhicule. Elle n'était pas non plus indispensable pour établir l'affaiblissement des facultés de l'intimé.

La gravité du préjudice

Comme l'a fait remarquer le juge Marshall, aucune preuve précise de préjudice pour l'intimé n'a été produite. On peut toutefois déduire de ce que l'appel du verdict initial d'acquittement est devant les tribunaux depuis deux ans que l'intimé a probablement subi un certain préjudice: *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771. Dans les circonstances, eu égard à l'importance des autres facteurs, le préjudice n'est pas un facteur important en l'espèce.

L'explication par le ministère public

Le ministère public n'a offert aucune explication lors du procès. Immédiatement après que la décision eut été rendue, le substitut du procureur général a obtenu un bref ajournement. À son retour, il s'est produit ce qui suit:

[TRADUCTION] La Cour: Veuillez continuer.

VÉRIFICATION DU VERDICT — TOUS LES JURÉS SONT PRÉSENTS

La Cour: Me Steeves.

Mr. Steeves: My Lord, the crown will elect not to call any further evidence based on some of your earlier remarks.

The appellant's factum does not purport to address the reason why the decision was made although the evidence which I have reviewed is put forward, *ex post facto*, as justifying the decision.

Conclusion

Assessing all of the factors, I have concluded that the available evidence which the appellant chose not to call was more than sufficient to meet the threshold test. The relative importance of the excluded evidence was not such that to proceed with the trial would have been a lengthy and futile exercise and a waste of resources. Indeed, taking into account the absence of an explanation by the Crown, I am convinced that the decision was largely a tactical one to reverse the trial judge's ruling so as to enable the Crown to proceed with its best case.

I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, SOPINKA, CORY *and* MAJOR JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: The Department of Justice, St. John's.

Solicitors for the respondent: Noonan, Oakley, Orr, St. John's.

Me Steeves: Compte tenu de certaines de vos observations, Votre Seigneurie, le ministère public choisit de ne présenter aucune autre preuve.

L'appelante n'expose pas dans son mémoire le motif de ce choix, quoique les éléments de preuve que j'ai passés en revue soient invoqués, après le fait, pour le justifier.

Conclusion

Ayant apprécié tous les facteurs, j'ai conclu que les éléments de preuve dont disposait l'appelante et qu'elle a choisi de ne pas produire suffisaient largement pour satisfaire au critère préliminaire. L'importance relative de la preuve écartée n'était pas assez grande pour que la continuation du procès s'avère un exercice long et inutile et un gaspillage de ressources. En fait, tenant compte de l'omission du ministère public de fournir une explication, je suis convaincu qu'il s'agissait dans une large mesure d'une décision tactique visant à faire infirmer la décision du juge du procès afin de permettre au ministère public de produire sa preuve la plus convaincante.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges SOPINKA, CORY *et* MAJOR *sont dissidents.*

Procureur de l'appelante: Le ministère de la Justice, St. John's.

Procureurs de l'intimé: Noonan, Oakley, Orr, St. John's.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Robert Howard Burns *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* BURNS

File No.: 23115.

1994: January 26; 1994: April 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Powers of court of appeal — Accused convicted of sexual offences on basis of complainant's testimony — Convictions overturned on appeal — Whether Court of Appeal exceeded proper limits of appellate review — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

Criminal law — Sexual offences — Evidence — Credibility of witnesses — Expert evidence — Trial judge convicting accused on basis of complainant's testimony — Convictions overturned on appeal — Whether Court of Appeal erred in setting aside trial judge's conclusions on credibility — Whether Court of Appeal erred in concluding that trial judge did not err in decisions on admissibility or use of evidence.

The accused was charged with sexual assault and indecent assault. The complainant's mother had died when the complainant was four years old, leaving her to the care of her father, an admitted alcoholic. She spent the next years living in a variety of arrangements, some of the time with her father. The alleged assaults occurred when the complainant was either living with or visiting her father, who was a friend of the accused. The complainant's allegations against the accused came to light after she had been charged with sexually abusing five young boys while baby-sitting them. While receiving counselling and psychological care as a result of these charges, she revealed that she herself had been sexually abused. She testified at trial that she had told no one about the incidents at the time for fear of being disbelieved and losing her father. The complainant's

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Robert Howard Burns *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* BURNS

N° du greffe: 23115.

1994: 26 janvier; 1994: 14 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Pouvoirs d'une cour d'appel — Accusé déclaré coupable d'infractions d'ordre sexuel sur la foi du témoignage de la plaignante — Déclarations de culpabilité écartées en appel — La Cour d'appel a-t-elle excédé les limites d'une révision en appel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a)(i).

Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Preuve — Crédibilité de témoins — Témoignage d'expert — Juge du procès déclarant l'accusé coupable sur la foi du témoignage de la plaignante — Déclarations de culpabilité écartées en appel — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en annulant les conclusions du juge du procès sur la crédibilité? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en statuant sur l'admissibilité ou sur l'utilisation d'éléments de preuve?

L'accusé a été inculpé d'agression sexuelle et d'attentat à la pudeur. À la mort de sa mère survenue quand elle avait quatre ans, la plaignante s'est retrouvée sous la garde de son père qui était un alcoolique notoire. Pendant les années qui ont suivi, elle a vécu dans différents contextes, habitant chez son père pendant quelque temps. Les agressions en question auraient été commises soit au moment où la plaignante vivait chez son père, soit au moment où elle lui a rendu visite. Le père de la plaignante et l'accusé étaient amis. Les allégations de la plaignante contre l'accusé se sont fait jour après qu'elle eut été accusée d'avoir abusé sexuellement de cinq jeunes garçons pendant qu'elle les gardait. Pendant qu'elle bénéficiait de services de consultation et de psychologie à la suite de ces accusations, elle a révélé avoir été elle-même victime d'abus sexuels. Elle a témoigné

psychiatrist testified that the complainant was sexually abused and explained why he held that opinion. The accused did not testify at trial. He was convicted on both counts. The Court of Appeal set aside the convictions and ordered a new trial. In the court's view, the complainant's evidence was not overwhelming. Without saying that the complainant should not have been believed, the court held that the accused was entitled to assume that the trial judge would either apply the doctrine of reasonable doubt to the evidence and acquit him, or at least explain why the evidence did not raise a reasonable doubt, something which the trial judge had not done. This appeal is to determine whether the Court of Appeal erred in setting aside the trial judge's conclusion that the complainant was credible and in concluding that the trial judge did not err in his decisions on the admissibility or use of evidence.

Held: The appeal should be allowed and the convictions restored.

In determining whether a trial judge's verdict is unreasonable or one that cannot be supported on the evidence, under s. 686(1)(*a*)(i) of the *Criminal Code*, a court of appeal is entitled to review the evidence, re-examining it and re-weighing it, but only for the purpose of determining if it is reasonably capable of supporting the trial judge's conclusion. Provided this threshold test is met, the court is not to substitute its view for that of the trial judge or permit doubts it may have to persuade it to order a new trial. The Court of Appeal in this case held that a finding of guilty might be "a perfectly acceptable result", and thus should not have set aside the trial judge's verdict. Failure to indicate expressly that all relevant considerations have been taken into account in arriving at a verdict is not a basis for allowing an appeal.

The Court of Appeal was correct in holding that there was no merit in the accused's objections to certain evidentiary points at trial. The psychiatrist's evidence as to sexual abuse suffered by the complainant was not unnecessary or unfair. The general rule is that expert evidence is admissible to furnish the court with scientific information which is likely to be outside the experience and knowledge of the judge and jury, and the use of experts to explain human behaviour may fall within this rule. The psychiatrist's relation of the history of abuse given to him by the complainant is not inadmissi-

au procès n'avoir parlé à personne de ces incidents à l'époque, parce qu'elle craignait de ne pas être crue et de perdre son père. Le psychiatre de la plaignante a témoigné que celle-ci avait été victime d'abus sexuels et il a expliqué pourquoi il était de cet avis. L'accusé n'a pas témoigné au procès. Il a été déclaré coupable à l'égard des deux chefs. La Cour d'appel a annulé les déclarations de culpabilité et ordonné un nouveau procès. Selon la Cour d'appel, le témoignage de la plaignante n'était pas accablant. Sans dire qu'il n'y aurait pas eu lieu de croire la plaignante, la cour a conclu que l'accusé était en droit de présumer que le juge du procès appliquerait la règle du doute raisonnable à la preuve et l'acquitterait, ou encore qu'il expliquerait tout au moins pourquoi la preuve ne suscitait aucun doute raisonnable, ce que le juge du procès n'a pas fait. Le présent pourvoi vise à déterminer si la Cour d'appel a commis une erreur en annulant la conclusion du juge du procès que la plaignante était crédible et en concluant que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en statuant sur l'admissibilité ou sur l'utilisation d'éléments de preuve?

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et les déclarations de culpabilité sont rétablies.

Pour déterminer si le verdict du juge du procès est déraisonnable ou s'il s'agit d'un verdict qui ne peut s'appuyer sur la preuve, en vertu du sous-al. 686(1)*a*)(i) du *Code criminel*, la cour d'appel a le droit de passer la preuve en revue, en la réexaminant et en la réévaluant, mais à seule fin de déterminer si elle peut raisonnablement justifier la conclusion du juge du procès. Pourvu que l'on ait satisfait à ce critère préliminaire, la cour ne doit pas substituer son opinion à celle du juge du procès, ni prendre prétexte des doutes qu'elle peut avoir pour ordonner un nouveau procès. En l'espèce, la Cour d'appel a conclu qu'une déclaration de culpabilité pouvait être «parfaitement acceptable» et elle n'aurait donc pas dû annuler le verdict du juge du procès. L'omission d'indiquer expressément que tous les facteurs pertinents ont été considérés pour en arriver à un verdict ne constitue pas une raison d'admettre un appel.

La Cour d'appel a eu raison de conclure qu'aucune des objections soulevées au procès par l'accusé relativement à des questions de preuve n'était fondée. Le témoignage du psychiatre au sujet des abus sexuels dont avait été victime la plaignante n'était ni inutile ni injuste. En règle générale, le témoignage d'expert est recevable pour donner à la cour des renseignements scientifiques qui, selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury, et le recours à des experts pour expliquer le comportement humain peut être visé par cette règle. La relation que le psychia-

ble as hearsay, since the statements in question were not tendered for the truth of their contents, but rather in support of his diagnosis of the complainant's mental state and his explanation of her behaviour. Nor did his evidence violate the rule against oath-helping since it was directed to legitimate purposes having nothing to do with whether the complainant was credible or not.

tre a faite des mauvais traitements que la plaignante lui a dépeints n'est pas inadmissible pour le motif qu'elle constitue du ouï-dire, étant donné que les déclarations en question ont été produites non pas pour attester la véracité de leur contenu, mais pour appuyer le diagnostic du psychiatre concernant l'état d'esprit de la plaignante et l'explication qu'il a donnée de son comportement. Son témoignage n'a pas violé non plus la règle interdisant les témoignages justificatifs puisqu'il visait des fins légitimes qui n'avaient rien à voir avec la question de savoir si la plaignante était crédible ou non.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *R. v. Smith*, [1990] 1 S.C.R. 991, aff'g (1989), 95 A.R. 304; *Macdonald v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 665; *Harper v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 2; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223; *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819; *Khan v. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 9 O.R. (3d) 641; *Wilband v. The Queen*, [1967] S.C.R. 14; *R. v. Rosik* (1970), 2 C.C.C. (2d) 351; *Phillion v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 18; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Wild* (1993), 24 B.C.A.C. 241.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *R. c. Smith*, [1990] 1 R.C.S. 991, conf. (1989), 95 A.R. 304; *Macdonald c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 665; *Harper c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 2; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223; *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819; *Khan c. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 9 O.R. (3d) 641; *Wilband c. La Reine*, [1967] R.C.S. 14; *R. c. Rosik* (1970), 2 C.C.C. (2d) 351; *Phillion c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 18; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Wild* (1993), 24 B.C.A.C. 241.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(*a*).

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)*a*).

Authors Cited

Delisle, R. J. "Children as Witnesses: The Problems Persist" (1994), 25 C.R. (4th) 39.

Doctrine citée

Delisle, R. J. «Children as Witnesses: The Problems Persist» (1994), 25 C.R. (4th) 39.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1992), 74 C.C.C. (3d) 124, 15 B.C.A.C. 264, 27 W.A.C. 264, quashing the accused's convictions on charges of sexual assault and indecent assault and ordering a new trial. Appeal allowed and convictions restored.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1992), 74 C.C.C. (3d) 124, 15 B.C.A.C. 264, 27 W.A.C. 264, qui a annulé les déclarations de culpabilité de l'accusé relativement à des accusations d'agression sexuelle et d'attentat à la pudeur, et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli et déclarations de culpabilité rétablies.

Alexander Budlovsky, for the appellant.

Alexander Budlovsky, pour l'appelante.

Henry S. Brown, Q.C., for the respondent.

Henry S. Brown, c.r., pour l'intimé.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J. — The respondent Burns was convicted on one count of sexual assault and one count of indecent assault before a trial judge, sitting alone. The Court of Appeal of British Columbia quashed the convictions and directed a new trial. The Crown now appeals from that order.

The facts may be briefly stated. The complainant was born on August 27, 1971. Her mother died when she was four years of age, leaving her to the care of her father, an admitted alcoholic. She spent the next years living in a variety of arrangements. For some of the time she lived with her father. She also lived for part of her young life with her father and his new wife and her son, and then just with the new wife and her son. Twice she was consigned to foster homes.

The alleged assaults occurred when the complainant was either living with or visiting her father. The complainant's father and Burns were friends; in this way the two came into contact.

The complainant's allegations against Burns came to light after she had been charged with sexually abusing five young boys while baby-sitting them. As a result of these charges, she received counselling and psychological care. At this time, she revealed that she herself had been sexually abused.

The complainant testified at trial that in or about 1980, Burns had driven her to a sideroad and had indecently assaulted her. She said another incident occurred in Burns' car about four years later. A third incident occurred, she said, about a year to a year and a half after that. In addition, she testified that acts of sexual touching without her consent continued throughout the time period when Burns was alone with her in her father's mobile home. She said that in 1987, while she was alone in the home, Burns entered and forcibly had sexual inter-

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — L'intimé Burns a été déclaré coupable devant un juge seul à l'égard d'un chef d'agression sexuelle et d'un chef d'attentat à la pudeur. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a annulé les déclarations de culpabilité et ordonné un nouveau procès. Le ministère public se pourvoit maintenant contre cette ordonnance.

Les faits peuvent être résumés en quelques mots. La plaignante est née le 27 août 1971. À la mort de sa mère survenue quand elle avait quatre ans, elle s'est retrouvée sous la garde de son père qui était un alcoolique notoire. Pendant les années qui ont suivi, elle a vécu dans différents contextes. Elle a habité chez son père pendant quelque temps. Elle a également vécu une partie de sa jeunesse avec son père, sa nouvelle épouse et le fils de celle-ci, pour ensuite vivre avec ces derniers seulement. À deux reprises, elle a été placée en foyer d'accueil.

Les agressions en question auraient été commises soit au moment où la plaignante vivait chez son père, soit au moment où elle lui a rendu visite. Le père de la plaignante et Burns étaient amis; c'est ce qui fait que les deux se sont rencontrés.

Les allégations de la plaignante contre Burns se sont fait jour après qu'elle eut été accusée d'avoir abusé sexuellement de cinq jeunes garçons pendant qu'elle les gardait. À la suite de ces accusations, elle a bénéficié de services de consultation et de psychologie. C'est alors qu'elle a révélé avoir été elle-même victime d'abus sexuels.

La plaignante a témoigné au procès que, vers 1980, Burns l'avait conduite à une route transversale et avait attenté à sa pudeur. Elle a raconté qu'un autre incident s'était produit dans la voiture de Burns environ quatre ans plus tard. Un troisième incident est survenu, a-t-elle dit, environ un an ou un an et demi après le deuxième. En outre, elle a témoigné que Burns lui avait fait des attouchements sexuels, sans son consentement, pendant tout le temps où il s'était trouvé seul avec elle dans la maison mobile de son père. Elle a dit qu'en

course with her. The complainant testified that she told no one about these incidents at the time for fear of being disbelieved and losing her father.

The complainant's psychiatrist, Dr. Maddess, testified as to her condition as a consequence of what she had allegedly undergone, giving a picture of why she would have reacted as she said she did. Burns did not testify at trial. Evidence of a statement he had made to the police was ruled inadmissible by the trial judge.

Judgments Below

Trial Judge

The trial judge gave brief oral reasons at the conclusion of the trial. After reviewing the evidence, he concluded as follows:

> I had the opportunity to hear the evidence of [the complainant] and to observe her demeanour in the witness stand. Although she was not sure of the exact dates of the specific acts and was confused as to some of the continuing events, she did present her evidence in an honest and straightforward manner, without equivocation. She was in my opinion a credible and believable witness. I accept her evidence as to the alleged indecent assaults from 1980 to 1983, and I also accept her evidence as to the sexual assault that occurred in January of 1987.
>
> Based upon that evidence, I am satisfied beyond a reasonable doubt that the accused is guilty on both counts.

Court of Appeal

The Court of Appeal set aside the convictions and directed a new trial: (1992), 74 C.C.C. (3d) 124. According to the court, there were a number of reasons why the evidence of the complainant required careful scrutiny and therefore it was not surprising that the accused declined to testify. The Crown's case depended almost entirely upon the credibility of the complainant and her evidence was not, in the view of the Court of Appeal, overwhelming. Without saying that the complainant should not have been believed, the court, *per*

1987, pendant qu'elle était seule à la maison, Burns est entré et l'a forcée à avoir des rapports sexuels avec lui. La plaignante a témoigné n'avoir parlé à personne de ces incidents à l'époque, parce qu'elle craignait de ne pas être crue et de perdre son père.

Le docteur Maddess, psychiatre de la plaignante, a témoigné sur l'état dans lequel elle s'était trouvée à la suite de ce qu'elle prétendait avoir subi, expliquant pourquoi elle aurait réagi comme elle avait dit l'avoir fait. Burns n'a pas témoigné au procès. Le juge du procès a jugé inadmissible la preuve d'une déclaration qu'il avait faite à la police.

Les juridictions inférieures

Le juge du procès

Le juge du procès a exposé oralement de brefs motifs à la fin du procès. Après avoir examiné la preuve, il a conclu ceci:

> [TRADUCTION] J'ai eu l'occasion d'entendre le témoignage de [la plaignante] et d'observer son comportement à la barre. Bien qu'elle n'ait pas été certaine de la date exacte de la perpétration des actes précis et qu'elle ait été embrouillée quant au déroulement de certains événements, elle a témoigné de manière honnête, franche et non équivoque. Elle a été, à mon avis, un témoin crédible et digne de foi. J'accepte son témoignage au sujet des attentats à la pudeur qui auraient été commis entre 1980 et 1983, et j'accepte aussi son témoignage au sujet de l'agression sexuelle perpétrée en janvier 1987.
>
> Compte tenu de cette preuve, je suis convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé est coupable à l'égard des deux chefs.

La Cour d'appel

La Cour d'appel a annulé les déclarations de culpabilité et ordonné un nouveau procès: (1992), 74 C.C.C. (3d) 124. D'après elle, il y avait un certain nombre de raisons pour lesquelles le témoignage de la plaignante devait être examiné minutieusement et, par conséquent, il n'était pas étonnant que l'accusé ait refusé de témoigner. La preuve du ministère public reposait presque entièrement sur la crédibilité de la plaignante et, selon la Cour d'appel, son témoignage n'était pas accablant. Sans dire qu'il n'y aurait pas eu lieu de

McEachern C.J.B.C., held that the respondent was entitled to assume that the trial judge would either apply the doctrine of reasonable doubt to the evidence and acquit the respondent, or at least explain why the evidence did not raise a reasonable doubt. This he found the trial judge had not done. After referring to "serious questions" arising from the evidence, McEachern C.J.B.C. concluded as follows (at p. 132):

> I wish to stress that I do not say the accused should have been acquitted. That is the responsibility of the trial judge, and I would not presume to prejudge that question. I tend to believe that a finding of guilty on a careful weighing of all of the evidence, and a proper analysis of all relevant issues, may be a perfectly acceptable result.
>
> The reasons for judgment, however, do not permit me to determine whether the learned trial judge properly directed himself to all the evidence and legal questions bearing upon the relevant issues as required by *Harper* [[1982] 1 S.C.R. 2]. This does not result simply because the learned trial judge did not give more extensive reasons, but rather because he subsumed so many issues in his findings of credibility that it is impossible to say whether the doctrine of reasonable doubt, the 'thin golden thread of the law', was given proper weight in this case.
>
> The foregoing is sufficient to dispose of this appeal, and to persuade me that the appeal must be allowed, and a new trial ordered.

The Court of Appeal also rejected the submissions that the trial judge erred in permitting the Crown to adduce unnecessary and unfair expert evidence, in receiving hearsay evidence in support of Dr. Maddess' opinion, in receiving evidence described as oath-helping, in permitting the Crown to adduce so much evidence about Burns' failed polygraph test in a *voir dire* designed to establish the voluntariness of a post-polygraph statement, and in allowing the accused's statement to be treated as an inculpatory statement.

croire la plaignante, la cour, par l'intermédiaire du juge en chef McEachern, a conclu que l'intimé était en droit de présumer que le juge du procès appliquerait la règle du doute raisonnable à la preuve et acquitterait l'intimé, ou encore qu'il expliquerait tout au moins pourquoi la preuve ne suscitait aucun doute raisonnable. Il a conclu que le juge du procès n'avait rien fait de tel. Après avoir fait état de [TRADUCTION] «graves questions» soulevées par la preuve, le juge en chef McEachern conclut, à la p. 132:

> [TRADUCTION] Je tiens à préciser que je ne dis pas que l'accusé aurait dû être acquitté. C'est au juge du procès qu'il appartient d'en décider et je ne me permets pas de préjuger cette question. J'ai tendance à croire que la déclaration de culpabilité, fondée sur l'examen minutieux de tous les éléments de preuve et sur l'analyse convenable de toutes les questions pertinentes, peut être parfaitement acceptable.
>
> Les motifs du jugement ne me permettent cepe pas de déterminer si le juge du procès a bien tenu compte de l'ensemble de la preuve et des questions de droit se rapportant aux questions pertinentes, comme l'exige l'arrêt *Harper* [[1982] 1 R.C.S. 2]. Cela est dû non pas simplement au fait que le juge du procès n'a pas donné des motifs plus circonstanciés, mais plutôt au fait qu'il a subsumé tellement de questions dans ses conclusions relatives à la crédibilité qu'il est impossible de dire s'il a accordé en l'espèce un poids convenable à la règle du doute raisonnable, «mince fil d'or qui illumine la trame du droit».
>
> Ce qui précède est suffisant pour statuer sur le présent appel et pour me persuader qu'il convient de faire droit à l'appel et d'ordonner un nouveau procès.

La Cour d'appel a aussi rejeté les arguments selon lesquels le juge du procès a commis une erreur en permettant au ministère public de présenter une preuve d'expert inutile et injuste, en recevant une preuve par ouï-dire à l'appui de l'opinion du Dr Maddess, en recevant un témoignage qualifié de justificatif, en permettant au ministère public de présenter autant d'éléments de preuve relatifs au test polygraphique échoué par Burns, lors d'un voir-dire destiné à établir le caractère volontaire d'une déclaration postérieure au test polygraphique, et en permettant que la déclaration de l'accusé soit considérée comme une déclaration inculpatoire.

Issues on Appeal

This appeal raises two issues:

(1) Did the Court of Appeal err in setting aside the trial judge's conclusion that the complainant was credible?

(2) Did the Court of Appeal err in concluding that the trial judge did not err in his decisions on admissibility or use of evidence?

Les questions faisant l'objet du pourvoi

Le présent pourvoi soulève deux questions:

(1) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en annulant la conclusion du juge du procès que la plaignante était crédible?

(2) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en statuant sur l'admissibilité ou sur l'utilisation d'éléments de preuve?

Analysis

(1) *Setting Aside the Trial Judge's Conclusion that the Complainant was Credible*

The trial judge believed the complainant and said that he was satisfied beyond a reasonable doubt of the accused's guilt. The Court of Appeal had doubts about the credibility of the complainant and, unable to satisfy itself from the trial judge's reasons that he had considered the factors which led to these doubts, set aside the trial judge's findings of credibility and guilt and directed a new trial. The Court of Appeal's reasons raise two intertwined legal questions: (a) when may a court of appeal interfere with a trier of fact's conclusions on credibility; and (b) the need for a trial judge's reasons to address specific concerns. Although the two questions intertwine in this case, for reasons of convenience I shall consider each separately.

Analyse

(1) *L'annulation de la conclusion du juge du procès que la plaignante était crédible*

Le juge du procès a cru la plaignante et a dit qu'il était convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé. La Cour d'appel avait des doutes sur la crédibilité de la plaignante et, étant incapable de s'assurer, à la lecture des motifs du juge du procès, que celui-ci avait tenu compte des facteurs qui ont fait naître ces doutes, elle a annulé les conclusions du juge du procès sur la crédibilité et la culpabilité, et ordonné un nouveau procès. Les motifs de la Cour d'appel soulèvent deux questions de droit intimement liées: a) dans quels cas une cour d'appel peut-elle modifier les conclusions du juge des faits sur la crédibilité? Et b) le juge du procès doit-il, dans ses motifs, aborder certains points précis? Bien que les deux questions soient étroitement liées en l'espèce, je vais, pour des motifs de commodité, les examiner séparément.

(a) Interfering with the Trier of Fact's Conclusions on Credibility

Section 686(1)(*a*) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, permits a court of appeal to allow an appeal in three cases:

686. (1) . . . the court of appeal

(*a*) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

a) La modification des conclusions du juge des faits sur la crédibilité

Aux termes de l'al. 686(1)*a*) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, une cour d'appel peut admettre un appel dans trois cas:

686. (1) . . . la cour d'appel:

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas:

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

It is not suggested that a case for miscarriage of justice was made out. Nor did the Court of Appeal find an error of law by the trial judge. The question therefore is whether the trial judge's verdict was unreasonable or one that cannot be supported on the evidence: s. 686(1)(*a*)(i).

In proceeding under s. 686(1)(*a*)(i), the court of appeal is entitled to review the evidence, re-examining it and re-weighing it, but only for the purpose of determining if it is reasonably capable of supporting the trial judge's conclusion; that is, determining whether the trier of fact could reasonably have reached the conclusion it did on the evidence before it: *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122. Provided this threshold test is met, the court of appeal is not to substitute its view for that of the trial judge, nor permit doubts it may have to persuade it to order a new trial.

The Court of Appeal in this case reviewed the evidence fully, as it was entitled to do. This review, however, did not lead it to conclude that the trial judge's conclusion was unreasonable, nor that it could not be supported by the evidence. Indeed, McEachern C.J.B.C. conceded the contrary when he said "I tend to believe that a finding of guilty on a careful weighing of all of the evidence, and a proper analysis of all relevant issues, may be a perfectly acceptable result" (p. 132). This is tantamount to saying that there was sufficient evidence to reasonably support a conviction. That being the case, the Court of Appeal should not have set aside the verdict of the trial judge.

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit,

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

On ne laisse pas entendre que l'existence d'une erreur judiciaire a été démontrée. La Cour d'appel n'a pas non plus conclu que le juge du procès a commis une erreur de droit. Il s'agit donc de décider si le verdict du juge du procès était déraisonnable ou s'il s'agit d'un verdict qui ne peut s'appuyer sur la preuve: sous-al. 686(1)*a*)(i).

En vertu du sous-al. 686(1)*a*)(i), la cour d'appel a le droit de passer la preuve en revue, en la réexaminant et en la réévaluant, mais à seule fin de déterminer si elle peut raisonnablement justifier la conclusion du juge du procès, c'est-à-dire de déterminer si le juge des faits pouvait raisonnablement tirer la conclusion qu'il a tirée compte tenu de la preuve dont il était saisi: *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122. Pourvu que l'on ait satisfait à ce critère préliminaire, la cour d'appel ne doit pas substituer son opinion à celle du juge du procès, ni prendre prétexte des doutes qu'elle peut avoir pour ordonner un nouveau procès.

La Cour d'appel en l'espèce a examiné la preuve à fond, comme elle en avait le droit. Cet examen ne l'a toutefois pas amenée à décider que la conclusion du juge du procès était déraisonnable ou qu'elle ne pouvait pas s'appuyer sur la preuve. En fait, le juge en chef McEachern a reconnu le contraire quand il a dit: [TRADUCTION] «J'ai tendance à croire que la déclaration de culpabilité, fondée sur l'examen minutieux de tous les éléments de preuve et sur l'analyse convenable de toutes les questions pertinentes, peut être parfaitement acceptable» (p. 132). Cela revient à dire que la preuve était suffisante pour justifier raisonnablement une déclaration de culpabilité. Le cas échéant, la Cour d'appel n'aurait pas dû annuler le verdict du juge du procès.

(b) Insufficiency of Reasons

The Court of Appeal's main concern was not that there was insufficient evidence to support the verdicts of guilty, nor that those verdicts were unreasonable, but that the trial judge's reasons failed to indicate that he had considered certain frailties in the complainant's evidence. Given the brevity of the trial judge's reasons, they could not be sure that he had properly considered all relevant matters.

Failure to indicate expressly that all relevant considerations have been taken into account in arriving at a verdict is not a basis for allowing an appeal under s. 686(1)(*a*). This accords with the general rule that a trial judge does not err merely because he or she does not give reasons for deciding one way or the other on problematic points: see *R. v. Smith*, [1990] 1 S.C.R. 991, affirming (1989), 95 A.R. 304, and *Macdonald v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 665. The judge is not required to demonstrate that he or she knows the law and has considered all aspects of the evidence. Nor is the judge required to explain why he or she does not entertain a reasonable doubt as to the accused's guilt. Failure to do any of these things does not, in itself, permit a court of appeal to set aside the verdict.

This rule makes good sense. To require trial judges charged with heavy caseloads of criminal cases to deal in their reasons with every aspect of every case would slow the system of justice immeasurably. Trial judges are presumed to know the law with which they work day in and day out. If they state their conclusions in brief compass, and these conclusions are supported by the evidence, the verdict should not be overturned merely because they fail to discuss collateral aspects of the case.

The Court of Appeal relied on the following passage from *Harper v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 2, where this Court stated (at p. 14):

b) L'insuffisance des motifs

Ce qui a principalement préoccupé la Cour d'appel, ce n'était pas le fait que la preuve était insuffisante pour justifier les verdicts de culpabilité, ni celui que ces verdicts étaient déraisonnables, mais le fait qu'il ne ressortait pas des motifs du juge du procès que celui-ci avait tenu compte de certaines faiblesses du témoignage de la plaignante. Étant donné la brièveté des motifs du juge du procès, la Cour d'appel ne pouvait pas être certaine qu'il avait bien pris en considération tous les éléments pertinents.

L'omission d'indiquer expressément que tous les facteurs pertinents ont été considérés pour en arriver à un verdict ne constitue pas une raison d'admettre un appel en application de l'al. 686(1)*a*). Cela est conforme à la règle générale selon laquelle le juge du procès ne commet pas une erreur du seul fait qu'il ne motive pas sa décision sur des questions problématiques: voir *R. c. Smith*, [1990] 1 R.C.S. 991, confirmant (1989), 95 A.R. 304, et *Macdonald c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 665. Le juge n'est pas tenu de démontrer qu'il connaît le droit et qu'il a tenu compte de tous les aspects de la preuve. Il n'est pas tenu non plus d'expliquer pourquoi il n'a pas de doute raisonnable sur la culpabilité de l'accusé. L'omission d'accomplir l'une de ces choses ne permet pas en soi à une cour d'appel d'annuler le verdict.

Cette règle est logique. Obliger les juges du procès qui sont appelés à présider de nombreux procès criminels à traiter, dans leurs motifs, de tous les aspects de chaque affaire ralentirait incommensurablement le système de justice. Les juges du procès sont censés connaître le droit qu'ils appliquent tous les jours. S'ils formulent leurs conclusions avec concision et si ces conclusions s'appuient sur la preuve, il n'y a pas lieu d'infirmer le verdict simplement parce qu'ils n'ont pas analysé des aspects accessoires de l'affaire.

La Cour d'appel s'est fondée sur le passage suivant de l'arrêt *Harper c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 2, où notre Cour affirme, à la p. 14:

Where the record, including the reasons for judgment, discloses a lack of appreciation of relevant evidence and more particularly the complete disregard of such evidence, then it falls upon the reviewing tribunal to intercede.

S'il se dégage du dossier, ainsi que des motifs de jugement, qu'il y a eu omission d'apprécier des éléments de preuve pertinents et, plus particulièrement, qu'on a fait entièrement abstraction de ces éléments, le tribunal chargé de révision doit alors intervenir.

This statement should not be read as placing on trial judges a positive duty to demonstrate in their reasons that they have completely appreciated each aspect of relevant evidence. The statement does not refer to the case where the trial judge has failed to allude to difficulties in the evidence, but rather to the case where the trial judge's reasons demonstrate that he or she has failed to grasp an important point or has chosen to disregard it, leading to the conclusion that the verdict was not one which the trier of fact could reasonably have reached.

Il n'y a pas lieu d'interpréter cet énoncé comme imposant au juge du procès l'obligation positive de démontrer, dans ses motifs, qu'il a apprécié entièrement chaque aspect de la preuve pertinente. Il vise non pas le cas où le juge du procès n'a pas fait allusion à des difficultés posées par la preuve, mais plutôt celui où les motifs du juge du procès démontrent qu'il n'a pas saisi un point important ou qu'il a choisi de ne pas en tenir compte, ce qui amènerait à conclure que le juge des faits n'a pas rendu un verdict raisonnable.

McEachern C.J.B.C. did not suggest that the trial judge had demonstrated a misapprehension or a total failure to appreciate the evidence. Rather, he said only that the subsumption of so many issues within the trial judge's finding on credibility left him unable to say whether the doctrine of reasonable doubt had been applied. These conclusions do not bring the case within *Harper*, as I read that case.

Le juge en chef McEachern n'a pas laissé entendre que le juge du procès n'avait pas bien compris la preuve ou qu'il avait complètement omis de l'apprécier. Il a plutôt dit seulement que, parce que le juge du procès avait subsumé tellement de questions dans sa conclusion sur la crédibilité, il n'était pas en mesure de dire si la règle du doute raisonnable avait été appliquée. Ces conclusions ne font pas relever la présente affaire de l'arrêt *Harper*, selon l'interprétation que je lui donne.

(2) *Evidentiary Points*

(2) *Les questions de preuve*

The balance of the respondent Burns' objections to the trial concerned evidentiary points. The Court of Appeal held that there was no merit in any of them. I agree.

Les autres objections de l'intimé Burns au procès se rapportaient à des questions de preuve. La Cour d'appel a jugé qu'aucune n'était fondée. Je suis du même avis.

Three of the objections concerned the evidence of the psychiatrist, Dr. Maddess. It was first objected that Dr. Maddess' evidence as to sexual abuse suffered by the complainant was unnecessary and unfair, it being obvious from the complainant's own evidence that she had indeed been sexually abused by her stepbrother. I agree with the Court of Appeal that this objection cannot be sustained. Dr. Maddess testified that the complainant was sexually abused and explained why he held that opinion. He also explained some of the symptoms displayed in the behaviour of sexually

Trois des objections concernaient le témoignage du psychiatre, le Dr Maddess. On a d'abord fait valoir que son témoignage au sujet des abus sexuels dont avait été victime la plaignante était inutile et injuste, car il ressortait manifestement du témoignage de cette dernière que son demi-frère en avait effectivement abusé sexuellement. Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire qu'on ne saurait retenir cette objection. Le docteur Maddess a témoigné que la plaignante avait été victime d'abus sexuels et il a expliqué pourquoi il était de cet avis. Il a également expliqué certains des

abused children, which, without expert testimony, may be difficult if not impossible to understand.

The general rule is that expert evidence is admissible to furnish the court with scientific information which is likely to be outside the experience and knowledge of the judge and jury: *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223, at p. 243 (*per* McLachlin J.); *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398, at p. 415 (*per* McIntyre J.); *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, at p. 42 (*per* Dickson J.). The use of experts to explain human behaviour may fall within this rule. The behaviour of a person who has been systematically abused is one example of a matter on which experts may assist. This use of expert evidence was approved by this Court in *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, where expert evidence of the reactions and behaviour of a woman who had been repeatedly battered by her companion was admitted: see Wilson J.'s reasons at pp. 870-72.

The respondent does not argue that psychiatric evidence bearing on a witness's behaviour is for that reason inadmissible. His objection is that "the opinion of Dr. Maddess went to the very root of the issue before the learned trial judge" and that "allowing that opinion usurped the function of the trial judge": the so-called "ultimate issue rule". However, the jurisprudence does not support such a strict application of this rule. While care must be taken to ensure that the judge or jury, and not the expert, makes the final decisions on all issues in the case, it has long been accepted that expert evidence on matters of fact should not be excluded simply because it suggests answers to issues which are at the core of the dispute before the court: *Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819. See also *Khan v. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 9 O.R. (3d) 641 (C.A.), at p. 666 (*per* Doherty J.A).

symptômes révélés par le comportement des enfants victimes d'abus sexuels, qu'il peut être difficile voire impossible de comprendre sans le témoignage d'un expert.

En règle générale, le témoignage d'expert est recevable pour donner à la cour des renseignements scientifiques qui, selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury: *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, à la p. 243 (le juge McLachlin); *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398, à la p. 415 (le juge McIntyre); *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, à la p. 42 (le juge Dickson). Le recours à des experts pour expliquer le comportement humain peut être visé par cette règle. Le comportement d'une personne qui a été maltraitée systématiquement est un exemple de question à l'égard de laquelle le recours à des experts peut être utile. Cet usage de la preuve d'expert a été approuvé par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, où on a admis le témoignage d'un expert sur les réactions et le comportement d'une femme qui avait été brutalisée à maintes reprises par son compagnon: voir les motifs du juge Wilson, aux pp. 870 à 872.

L'intimé ne soutient pas qu'une preuve psychiatrique est inadmissible du fait qu'elle porte sur le comportement d'un témoin. Ce qu'il soutient, c'est que [TRADUCTION] «l'opinion du Dr Maddess touchait le fond même du problème dont était saisi le juge du procès» et que [TRADUCTION] «l'admission de cette opinion représentait un empiétement sur le rôle du juge du procès»: la règle dite «du point crucial de l'affaire». Toutefois, la jurisprudence ne justifie pas une application aussi stricte de cette règle. Même s'il faut veiller à ce que ce soit le juge ou le jury, et non l'expert, qui prenne une décision définitive sur toutes les questions en litige, il est admis depuis longtemps que la preuve d'expert sur des questions de fait ne devrait pas être écartée simplement parce qu'elle suggère des réponses aux questions qui sont au cœur du litige soumis au tribunal: *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819. Voir aussi *Khan c. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 9 O.R. (3d) 641 (C.A.), à la p. 666 (le juge Doherty).

The second objection to Dr. Maddess' evidence is that Dr. Maddess' relation of the history of abuse given to him by the complainant was hearsay. The short answer to this objection is that the statements in question were not tendered for the truth of their contents, but rather in support of Dr. Maddess' diagnosis of the complainant's mental state and his explanation of her behaviour. The complainant testified to the history of abuse against her. The statements to Dr. Maddess were therefore admissible to support his diagnosis: *Wilband v. The Queen*, [1967] S.C.R. 14; *R. v. Rosik* (1970), 2 C.C.C. (2d) 351 (Ont. C.A.); *Phillion v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 18; *R. v. Abbey*, *supra*; *R. v. Lavallee*, *supra*. In assessing the weight to be placed on Dr. Maddess' opinion, the trial judge was required to take into account that it was founded in part on hearsay evidence: *Lavallee*, *supra*, at p. 896. However, there is no reason to suppose that the trial judge failed to do so.

On a fait valoir, à titre de deuxième objection au témoignage du Dr Maddess, que la relation qu'il a faite des mauvais traitements que la plaignante lui a dépeints constituait du ouï-dire. On peut répondre tout simplement à cette objection que les déclarations en question ont été produites non pas pour attester la véracité de leur contenu, mais pour appuyer le diagnostic du Dr Maddess concernant l'état d'esprit de la plaignante et l'explication qu'il a donnée de son comportement. La plaignante a témoigné au sujet des mauvais traitements dont elle avait été victime. Les déclarations du Dr Maddess étaient donc admissibles pour appuyer son diagnostic: *Wilband c. The Queen*, [1967] R.C.S. 14; *R. c. Rosik* (1970), 2 C.C.C. (2d) 351 (C.A. Ont.); *Phillion c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 18; *R. c. Abbey*, précité; *R. c. Lavallee*, précité. Pour déterminer la valeur à accorder à l'opinion du Dr Maddess, le juge du procès devait tenir compte du fait qu'elle reposait en partie sur du ouï-dire: *Lavallee*, précité, à la p. 896. Toutefois, il n'y a aucune raison de supposer que le juge du procès ne l'a pas fait.

The third objection to Dr. Maddess' evidence was to a question and answer which was said to violate the rule against oath-helping:

Q. Did at any time as far as you were aware she tell you something which was untrue?

A. Not that I am aware of.

La troisième objection au témoignage du Dr Maddess concernait une question et une réponse qui, disait-on, violaient la règle interdisant les témoignages justificatifs:

[TRADUCTION]

Q. À votre connaissance, vous a-t-elle menti à quelque moment que ce soit?

R. Non, pas que je sache.

The rule against oath-helping holds that evidence adduced solely for the purpose of proving that a witness is truthful is inadmissible: *R. v. Marquard*, *supra*. The rule finds its origins in the medieval practice of oath-helping; the accused in a criminal case or the defendant in a civil case could prove his innocence by providing a certain number of compurgators to swear to the truth of his oath: see *R. v. Béland*, *supra*, *per* Wilson J. at pp. 419-20. In modern times, it is defended on the ground that determinations of credibility are for the trier of fact, and that the judge or jurors are in as good a position to determine credibility as another witness. Therefore the fundamental requirement for expert evidence — that it assist the judge or jury

La règle interdisant les témoignages justificatifs veut que la preuve produite à seule fin de prouver qu'un témoin dit la vérité soit inadmissible: *R. c. Marquard*, précité. Cette règle tire son origine de la pratique médiévale des témoignages justificatifs; l'accusé dans une affaire criminelle ou le défendeur dans une affaire civile pouvait établir son innocence en produisant un certain nombre de témoins justificateurs qui juraient de la véracité de ce qu'il avait dit sous serment: voir *R. c. Béland*, précité, le juge Wilson, aux pp. 419 et 420. À notre époque, elle se justifie par le fait qu'il appartient au juge des faits de se prononcer sur la crédibilité et que le juge ou les jurés sont tout aussi bien placés qu'un autre témoin pour statuer sur la crédi-

on a technical or scientific matter which might otherwise not be apparent — is not met. The rule, as Iacobucci J. noted in *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697, at p. 729, goes to evidence "that would tend to prove the truthfulness of the witness, rather than the truth of the witness' statements".

Dr. Maddess' evidence does not violate the rule because it was directed to legitimate purposes having nothing to do with whether the complainant was credible or not. The fact that evidence may be inadmissible for one purpose (i.e. showing the truthfulness of a witness) does not prevent it being received for another, legitimate purpose. The evidence of Dr. Maddess in the impugned passage was admissible for the purpose of supporting the opinions Dr. Maddess expressed on other matters, such as his diagnosis of the complainant's condition and his explanation of her behaviour. His conclusions were based in large part on what she had told him. Those conclusions would be weakened if not invalidated if he did not believe what she had told him. So it was relevant to determine whether he believed her or not. See Taylor J.A. in *R. v. Wild* (1993), 24 B.C.A.C. 241, at pp. 247-48; R. J. Delisle, "Children as Witnesses: The Problems Persist" (1994), 25 C.R. (4th) 39, at p. 44. I conclude that the impugned question and answer were admissible for the purpose of providing a foundation for Dr. Maddess' opinions. It follows that they did not offend the rule against oath-helping.

There is nothing in the trial judge's reasons to suggest that he used the question and answer for the inference that the complainant was a truthful witness. He lists a number of factors relevant to her credibility; this is not among them. His reasons suggest that he was exercising his own independent judgment on the complainant's truthfulness, rather than relying on the opinions of others. Moreover, the evidence had been objected to on the ground that it was oath-helping. The trial judge had therefore been alerted to the impermissible use of the evidence and must be presumed to have borne this in mind. In short, there is nothing in the

bilité. On ne satisfait donc pas à l'exigence fondamentale applicable au témoignage d'expert, qui est d'aider le juge ou le jury à clarifier une question technique ou scientifique qui, sans cela, pourrait ne pas être évidente. La règle, comme le fait observer le juge Iacobucci dans *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697, à la p. 729, s'applique à la preuve qui «tendrait à établir la franchise du témoin plutôt que la véracité de ses déclarations».

Le témoignage du Dr Maddess ne viole pas la règle parce qu'il visait des fins légitimes qui n'avaient rien à voir avec la question de savoir si la plaignante était crédible ou non. Le fait qu'un témoignage puisse être inadmissible à une fin (c'est-à-dire montrer la franchise d'un témoin) ne l'empêche pas d'être reçu à une autre fin légitime. La partie du témoignage du Dr Maddess qui est attaquée était admissible pour étayer l'opinion du Dr Maddess sur d'autres questions telles que son diagnostic de l'état de la plaignante et l'explication qu'il a donnée de son comportement. Ses conclusions reposaient en grande partie sur ce qu'elle lui avait dit. Elles perdraient de leur poids sinon toute valeur s'il n'avait pas cru ce qu'elle lui avait dit. Il était donc pertinent de déterminer s'il la croyait. Voir les motifs du juge Taylor dans l'arrêt *R. c. Wild* (1993), 24 B.C.A.C. 241, aux pp. 247 et 248; R. J. Delisle, «Children as Witnesses: The Problems Persist» (1994), 25 C.R. (4th) 39, à la p. 44. Je conclus que la question et la réponse attaquées étaient admissibles pour étayer l'opinion du Dr Maddess. Il s'ensuit qu'elles ne contrevenaient pas à la règle interdisant les témoignages justificatifs.

Rien dans les motifs du juge du procès ne laisse entendre qu'il a utilisé la question et la réponse pour déduire que la plaignante disait la vérité. Il énumère un certain nombre de facteurs pertinents quant à sa crédibilité, parmi lesquels on ne trouve pas cela. Ses motifs portent à croire qu'il a formé sa propre opinion sur la franchise de la plaignante et qu'il ne s'est pas appuyé sur les opinions d'autrui. De plus, on s'était opposé au témoignage pour le motif qu'il était justificatif. L'attention du juge du procès avait donc été éveillée sur l'usage inacceptable du témoignage et il faut présumer qu'il avait cela à l'esprit. Bref, rien dans le dossier ne

record to suggest that the trial judge used the statement to bolster the complainant's credibility; indeed the inference is to the contrary.

Two other reproaches made against the trial judge may be dismissed summarily. It was objected that counsel and the trial judge erred in treating a statement by Burns as to consensual sex with the complainant as inculpatory rather than exculpatory. The statement was excluded as involuntary after a *voir dire*. I agree with the Court of Appeal that the trial judge did not err in treating the statement as inculpatory. Likewise, the suggestion that too much evidence about Burns' failed polygraph test was permitted in the *voir dire* on the admissibility of the post-polygraph statement has no merit; as the Court of Appeal below pointed out, the judge proceeded properly and must be presumed to have disabused his mind of this evidence in considering the merits of the case.

Conclusion

I would allow the appeal and restore the convictions.

Appeal allowed and convictions restored.

Solicitor for the appellant: Alexander Budlovsky, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Cram & Hood, Vancouver.

laisse entendre que le juge du procès a utilisé la déclaration pour renforcer la crédibilité de la plaignante; en fait, c'est la conclusion contraire qui s'impose.

Deux autres reproches adressés au juge du procès peuvent être écartés sommairement. On a soutenu que l'avocat et le juge du procès ont commis une erreur en tenant pour inculpatoire plutôt que disculpatoire une déclaration de Burns selon laquelle la plaignante avait consenti à avoir des rapports sexuels. Cette déclaration a été exclue, après un voir-dire, pour le motif qu'elle était involontaire. À l'instar de la Cour d'appel, je suis d'avis que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en considérant la déclaration comme inculpatoire. De même, j'estime non fondé l'argument selon lequel on a permis la présentation d'un trop grand nombre d'éléments de preuve relatifs au test polygraphique échoué par Burns, lors du voir-dire destiné à établir le caractère volontaire d'une déclaration postérieure au test polygraphique; comme l'a souligné la Cour d'appel, le juge a agi correctement et il faut présumer qu'il n'a pas pris ces éléments en considération en examinant le fond de l'affaire.

Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir les déclarations de culpabilité.

Pourvoi accueilli et déclarations de culpabilité rétablies.

Procureur de l'appelante: Alexander Budlovsky, Vancouver.

Procureurs de l'intimé: Cram & Hood, Vancouver.

Karl Thomas Galaske, an infant suing by his Guardian *ad Litem*, Elizabeth Moser *Appellant*

v.

Erich Stauffer, Florence Horvath, Columcille O'Donnell and Bourgoin Contracting Ltd. *Respondents*

and between

Karl Thomas Galaske, an infant suing by his Guardian *ad Litem*, Elizabeth Moser *Appellant*

v.

Erich Stauffer, Florence Horvath, Columcille O'Donnell, Bourgoin Contracting Ltd. and Mala Galaske as Representative *ad Litem* of the Estate of Peter Helmut Galaske, Deceased *Respondents*

INDEXED AS: GALASKE *v.* O'DONNELL

File No.: 23109.

1993: December 3; 1994: April 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Torts — Negligence — Motor vehicles — Seat belts — Duty of care — Eight-year-old child injured in motor vehicle accident — Child not wearing seat belt at time of accident — Whether general duty of care owed by driver of vehicle to passengers includes duty to take reasonable steps to ensure that passenger under 16 years of age wears seat belt — If so, whether duty negated by presence of parent of child.

The appellant, who was eight years old at the time, went with his father to visit the respondent S, a family

Karl Thomas Galaske, mineur représenté par sa tutrice *ad litem*, Elizabeth Moser *Appelant*

c.

Erich Stauffer, Florence Horvath, Columcille O'Donnell et Bourgoin Contracting Ltd. *Intimés*

et entre

Karl Thomas Galaske, mineur représenté par sa tutrice *ad litem*, Elizabeth Moser *Appelant*

c.

Erich Stauffer, Florence Horvath, Columcille O'Donnell, Bourgoin Contracting Ltd. et Mala Galaske en sa qualité de représentante *ad litem* de la succession de Peter Helmut Galaske *Intimés*

RÉPERTORIÉ: GALASKE *c.* O'DONNELL

N° du greffe: 23109.

1993: 3 décembre; 1994: 14 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Responsabilité délictuelle — Négligence — Véhicules automobiles — Ceintures de sécurité — Obligation de diligence — Enfant de huit ans blessé dans un accident de la circulation — L'enfant ne portait pas de ceinture de sécurité au moment de l'accident — L'obligation générale de diligence qu'a le conducteur d'un véhicule envers les passagers comprend-elle l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer qu'un passager de moins de 16 ans porte la ceinture de sécurité? — Dans l'affirmative, est-il libéré de cette obligation par la présence de l'un des parents de l'enfant?

L'appelant, qui avait huit ans à l'époque, est allé avec son père rendre visite à l'intimé S., un ami de la famille.

friend. It was decided that they would go in the respondent's new truck to visit his vegetable garden, which was about a mile and a half from the residence. The truck was fitted with seat belts for all the occupants of the front seat. The appellant sat in the middle between his father and the respondent. The respondent did not suggest that his passengers put on their seat belts because he did not wish to take the "fathership" away from his friend. He readily conceded that if the young appellant had been in the vehicle alone with him he would have insisted that he wear the seat belt. He further agreed that he was aware of the importance of seat belts as a safety factor. The route to the vegetable garden required the respondent to drive by an intersection that he knew to be dangerous. At that intersection, through no fault of his own, his truck was struck by another vehicle. The two passengers were thrown from the vehicle as a result of the impact. The father was killed and the child received serious injuries rendering him paraplegic. The evidence was clear that if seat belts had been worn, no serious injuries would have been suffered by either of the passengers. The trial judge concluded that it was not unreasonable for the respondent to expect that the appellant's father was the appropriate person to exercise control over him and to ensure that he wore a seat belt. He therefore found that there was no duty of care owed by the respondent to the appellant with respect to the use of the seat belt. As a result the respondent could not be found to have been negligent. The Court of Appeal upheld the judgment.

Held (Sopinka and Major JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ.: A driver of a motor vehicle owes a duty of care to his passengers to take reasonable steps to prevent foreseeable injuries, and that duty of care extends to ensuring that passengers under 16 years of age wear their seat belts. Passengers and drivers have a duty to ensure their own safety in a car by wearing seat belts, and a failure to do so will result in an assessment of contributory negligence. Children under 16 require guidance and direction from parents and older persons, which must extend to ensuring that they wear their seat belts. Two or more people may bear that responsibility, but one of those responsible must always be the driver of the car. A driver taking children as passengers must accept some responsibility for the safety of those children. The driving of a motor vehicle is a licensed activity that is subject to a number of conditions, and obligations and responsibilities flow from the right to drive. Quite apart from any statutory provisions, the general public knowl-

Il a été décidé que l'intimé les emmènerait dans sa camionnette neuve voir son potager situé à environ un mille et demi de chez lui. La camionnette était munie de ceintures de sécurité pour tous ceux qui s'asseyaient sur la banquette avant. L'appelant occupait la place du milieu, entre son père et l'intimé. L'intimé n'a pas demandé à ses passagers d'attacher leur ceinture de sécurité parce qu'il ne tenait pas à empiéter sur les «responsabilités paternelles» de son ami. Il a convenu volontiers que, si le jeune appelant s'était trouvé seul avec lui dans le véhicule, il aurait insisté pour qu'il porte la ceinture de sécurité. Il a convenu en outre qu'il connaissait l'importance des ceintures sur le plan de la sécurité. Pour se rendre au potager, l'intimé devait suivre un trajet qui l'obligeait à traverser une intersection qu'il savait dangereuse. À cette intersection, sans aucune faute de sa part, la camionnette a été heurtée par un autre véhicule. Par suite de la collision, les deux passagers ont été projetés à l'extérieur de la camionnette. Le père est décédé et l'enfant a subi de graves blessures qui l'ont rendu paraplégique. Il était évident, d'après la preuve, que, s'ils avaient attaché leur ceinture, ni l'un ni l'autre passager n'aurait été gravement blessé. Le juge de première instance a conclu qu'il était raisonnable que l'intimé croie qu'il appartenait au père de l'enfant de le surveiller et de voir à ce qu'il attache sa ceinture de sécurité. Il a donc décidé que l'intimé n'avait envers l'appelant aucune obligation de diligence en ce qui concerne le port de la ceinture de sécurité. Il était en conséquence impossible de conclure à la négligence de l'intimé. La Cour d'appel a confirmé le jugement.

Arrêt (les juges Sopinka et Major sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory: Le conducteur d'un véhicule automobile a envers ses passagers une obligation de prendre des mesures raisonnables pour prévenir les blessures prévisibles, et cette obligation de diligence comporte celle de s'assurer que les passagers de moins de 16 ans portent leur ceinture de sécurité. Les passagers et les conducteurs ont l'obligation d'assurer leur propre sécurité en attachant leur ceinture lorsqu'ils prennent place dans une automobile, et quiconque omet de le faire s'expose à une conclusion de négligence contributive. Les enfants âgés de moins de 16 ans ont besoin des conseils et de la surveillance de leurs parents et aînés, ce qui doit comprendre le fait de voir à ce que la ceinture de sécurité des moins de 16 ans soit bien attachée. Cette obligation peut incomber à plusieurs personnes, au nombre desquelles se trouve toujours, cependant, le conducteur de l'automobile. Le conducteur qui prend des enfants comme passagers doit endosser une certaine responsabilité en ce qui concerne

edge of the vital importance of seat belts as a safety factor requires a driver to ensure that young people make use of them. While the requirement in the British Columbia *Motor Vehicle Act* that drivers ensure that passengers under age 16 wear their seat belts is subsumed in the general law of negligence, it can be taken as a public indication that the failure of a driver to ensure that children in the vehicle are wearing seat belts constitutes unreasonable conduct. It may also be taken as indicating that such a failure on the part of the driver demonstrates conduct which falls below the standard required by the community and is thus negligent.

The duty of a driver to ensure that young passengers wear their seat belts is not negated by the presence of a parent in the car. The presence of a parent may mean that the responsibility is shared but it cannot negate the duty owed by the driver to the passenger under the age of 16. The relationship between driver and passenger is such that the driver's negligent actions or negligent failure to act can lead to injuries to the passengers. Further, it is well established and clearly foreseeable that harm may well result from the failure to wear a seat belt just as much as it may result from negligent driving.

The trial judge and the Court of Appeal were in error in failing to recognize that the duty of care owed by the driver of the motor vehicle to young passengers continued to exist despite the presence of a parent in the vehicle. That is an error of law that should be corrected by an appellate court. The definition of the standard of care is a mixed question of law and fact that will be for the trial judge to determine. The extent of the duty owed by the driver of a vehicle to a child passenger when a parent is present will undoubtedly vary with the circumstances.

Per La Forest J.: The responsibility for ensuring that infant passengers use their seat belts must always be borne at least in part by the driver. Not only is the driver in control of the vehicle; for purposes of distributing

leur sécurité. Conduire un véhicule automobile est une activité qui tient à la possession d'un permis et qui est assujettie à certaines conditions, et du droit de conduire procèdent des obligations et des responsabilités. Tout à fait indépendamment des dispositions législatives qui peuvent exister, puisque le grand public connaît généralement l'importance capitale de ces ceintures du point de vue de la sécurité, il incombe au conducteur de voir à ce que les jeunes s'en servent. Bien que l'exigence que la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique impose aux conducteurs de s'assurer que les passagers de moins de 16 ans portent leur ceinture de sécurité soit subsumée sous les règles de droit générales en matière de négligence, on peut y voir une indication publique que constitue une conduite déraisonnable l'omission par le conducteur de s'assurer que les enfants bouclent leur ceinture de sécurité. On peut voir également dans la loi une indication que pareille omission de la part du conducteur témoigne d'un comportement qui tombe en deçà de la norme exigée par la collectivité et qui est en conséquence négligent.

L'obligation du conducteur de veiller à ce que les jeunes passagers portent la ceinture de sécurité n'est pas écartée par la présence d'un des parents dans l'automobile. La présence d'un des parents peut signifier que la responsabilité est partagée, mais elle n'écarte pas pour autant l'obligation du conducteur envers le passager de moins de 16 ans. La relation entre le conducteur et le passager est telle que la négligence du conducteur, qu'elle se traduise par des actes ou par des omissions, peut entraîner des blessures pour les passagers. De plus, il est bien établi et clairement prévisible qu'un préjudice peut résulter de l'omission de porter la ceinture de sécurité, de la même façon qu'il peut être occasionné par la négligence au volant.

C'est à tort que le juge de première instance et la Cour d'appel n'ont pas reconnu que l'obligation de diligence envers les jeunes passagers continue d'incomber au conducteur malgré la présence d'un des parents dans le véhicule. Il s'agit là d'une erreur de droit que doit corriger un tribunal d'appel. La définition de la norme de diligence est une question mixte de droit et de fait qu'il incombera au juge de première instance de déterminer. L'étendue de l'obligation du conducteur d'un véhicule envers un enfant passager lorsqu'un des parents est présent variera sans doute selon les circonstances.

Le juge La Forest: La responsabilité de veiller à ce que les passagers mineurs portent la ceinture de sécurité doit toujours revenir au conducteur, du moins en partie. Non seulement il a la maîtrise du véhicule, mais, aux

loss in the event of accident, the driver is most often the insured. Here the respondent owed a duty of care to take some action concerning the appellant's use of a seat belt. The standard of care owed is what kind of action was reasonable under all the circumstances, an issue that is for the trial judge to determine. However, the mere fact that the respondent thought about the situation and then decided to do nothing is insufficient in law to meet that standard.

Per McLachlin J.: The trial judge found no duty relationship between the respondent driver and the appellant, and this was an error of law. His express words "I find there was no duty of care" are confirmed by the absence following this finding of the sort of analysis of all the facts and circumstances which is typical of determination of the standard of care. The standard of care is for the trial judge to determine on the evidence, and may vary from case to case. While, in general, insistence that passengers wear seat belts is a reasonable measure, circumstances may arise where a trial judge might conclude otherwise.

Per Sopinka and Major JJ. (dissenting): While the respondent owed the appellant a duty of care, the courts below found such a duty and determined as a finding of fact that the standard of care imposed by that duty had been met. The trial judge stated that he found there was no duty of care owed, but it is apparent in the context of the whole of his oral reasons that this statement was intended to refer to the standard, and not to the duty, of care. The Court of Appeal, in confirming the trial judge's decision, also referred to the duty of care while meaning the standard. The standard of care involves questions of law and fact, and the formulation and application of the standard may be influenced by the presence of a statutory obligation, as existed in this case. Appellate courts must not interfere with findings of fact, whether by judge or jury, if there was evidence capable of supporting the decision, or unless there has been a palpable and overriding error. Here the trial judge reached his conclusion after a careful review of the law and evidence. As there is nothing in the record to sug-

fins du partage des préjudices en cas d'accident, c'est le plus souvent lui l'assuré. En l'espèce, l'intimé avait l'obligation de diligence de prendre certaines mesures au sujet du port d'une ceinture de sécurité par l'appelant. La norme de diligence consiste dans le genre de mesures raisonnables à prendre dans les circonstances, question que doit trancher le juge de première instance. Toutefois, le simple fait que l'intimé ait pensé à la situation et décidé alors de ne rien faire ne suffit pas en droit pour conclure au respect de la norme.

Le juge McLachlin: Le juge de première instance a conclu que le conducteur intimé n'avait pas d'obligation envers l'appelant, et c'était une erreur de droit. Les termes exprès employés par lui, «je conclus que [. . .] n'avait aucune obligation de diligence», se trouvent confirmés par l'absence, à la suite de la conclusion qu'il n'y avait aucune obligation, du genre d'analyse des faits et circonstances qui est typique de l'examen de la norme de diligence. C'est au juge de première instance qu'il incombe de se prononcer sur la norme de diligence compte tenu de la preuve, et cela peut varier selon les cas. Bien qu'en général il soit raisonnable d'insister pour que les passagers portent la ceinture de sécurité, il peut se présenter des cas où le juge de première instance pourrait arriver à une autre conclusion.

Les juges Sopinka et Major (dissidents): L'intimé avait bien une obligation de diligence envers l'appelant, mais les juridictions inférieures ont conclu à l'existence d'une telle obligation et ont déterminé, comme conclusion de fait, que la norme de diligence imposée par cette obligation avait été respectée. Le juge de première instance a déclaré avoir conclu qu'il n'existait aucune obligation de diligence, mais il est manifeste dans le contexte général des motifs exprimés à l'audience qu'il voulait parler de la norme, et non pas de l'obligation, de diligence. Lorsque la Cour d'appel a confirmé la décision du juge de première instance, elle a également fait allusion à l'obligation de diligence tout en voulant parler de la norme. La norme de diligence met en jeu des questions de droit et de fait, et l'existence d'une obligation formulée dans un texte de loi comme en l'espèce peut influer sur l'énoncé et l'application de cette norme. Les cours d'appel ne doivent pas modifier les conclusions de fait d'un juge ou d'un jury s'il y avait des éléments de preuve pouvant étayer la décision, ou à moins qu'il y ait eu une erreur manifeste et dominante. En l'espèce, le juge de première instance est arrivé à sa conclusion après un examen approfondi du droit et de la preuve. Comme rien dans le dossier ne laisse supposer qu'il ait

gest that he committed a palpable and overriding error, his decision is not subject to reversal on appeal.

Cases Cited

By Cory J.

Referred to: *The Queen in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *Hall v. Hebert*, [1993] 2 S.C.R. 159; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Froom v. Butcher*, [1975] 3 All E.R. 520; *Jackson v. Millar*, [1972] 2 O.R. 197 (H.C.), rev'd [1973] 1 O.R. 399 (C.A.), rev'd [1976] 1 S.C.R. 225; *Dodgson v. Topolinsky* (1980), 125 D.L.R. (3d) 177; *Pugliese v. Macrillo Estate* (1988), 67 O.R. (2d) 641; *Thurmeier v. Bray* (1990), 83 Sask. R. 183; *Ohlheiser v. Cummings*, [1979] 6 W.W.R. 282; *Keller v. Kautz* (1982), 20 Sask. R. 420; *Rinas v. City of Regina* (1983), 26 Sask. R. 132; *Berube v. Vanest*, [1991] O.J. No. 1633 (QL); *Horsman v. Bulmer* (1987), 42 C.C.L.T. 220; *Schon v. Hodgins*, [1988] O.J. No. 743 (QL); *Gervais v. Richard* (1984), 48 O.R. (2d) 191; *Stamp v. The Queen in right of Ontario* (1984), 47 O.R. (2d) 214; *Beaver v. Crowe* (1974), 49 D.L.R. (3d) 114; *Wallace v. Berrigan* (1988), 47 D.L.R. (4th) 752; *Holstein v. Berzolla*, [1981] 4 W.W.R. 159; *Ducharme v. Davies* (1981), 12 Sask. R. 137 (Q.B.), aff'd in part [1984] 1 W.W.R. 699 (Sask. C.A.); *Shaw Estate v. Roemer* (1982), 51 N.S.R. (2d) 229; *Yuan v. Farstad* (1967), 62 W.W.R. 645; *Earl v. Bourdon* (1975), 65 D.L.R. (3d) 646; *Gagnon v. Beaulieu*, [1977] 1 W.W.R. 702; *Aujla v. Christensen*, [1992] B.C.J. No. 860 (QL); *Pharness v. Wallace*, [1987] B.C.J. No. 2393 (QL), aff'd [1989] B.C.J. No. 2112 (QL); *Bentzler v. Braun*, 149 N.W.2d 626 (1967); *Mortensen v. Southern Pacific Co.*, 53 Cal. Rptr. 851 (1966); *Da Costa v. Da Costa*, [1993] B.C.J. No. 1485 (QL); *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287; *McCallion v. Dodd*, [1966] N.Z.L.R. 710; *Jordan House Ltd. v. Menow*, [1974] S.C.R. 239; *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 1186.

By Major J. (dissenting)

Le Lievre v. Gould, [1893] 1 Q.B. 491; *Canadian National Railway Co. v. Vincent*, [1979] 1 S.C.R. 364; *DesBrisay v. Canadian Government Merchant Marine Ltd.*, [1941] S.C.R. 230; *The Queen in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353; *Benmax v. Austin Motor Co.*, [1955] A.C. 370; *Warren v. Coombes*

commis une erreur manifeste et dominante, sa décision n'est pas susceptible d'être infirmée en appel.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts mentionnés: *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Hall c. Hebert*, [1993] 2 R.C.S. 159; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Froom c. Butcher*, [1975] 3 All E.R. 520; *Jackson c. Millar*, [1972] 2 O.R. 197 (H.C.), inf. par [1973] 1 O.R. 399 (C.A.), inf. par [1976] 1 R.C.S. 225; *Dodgson c. Topolinsky* (1980), 125 D.L.R. (3d) 177; *Pugliese c. Macrillo Estate* (1988), 67 O.R. (2d) 641; *Thurmeier c. Bray* (1990), 83 Sask. R. 183; *Ohlheiser c. Cummings*, [1979] 6 W.W.R. 282; *Keller c. Kautz* (1982), 20 Sask. R. 420; *Rinas c. City of Regina* (1983), 26 Sask. R. 132; *Berube c. Vanest*, [1991] O.J. No. 1633 (QL); *Horsman c. Bulmer* (1987), 42 C.C.L.T. 220; *Schon c. Hodgins*, [1988] O.J. No. 743 (QL); *Gervais c. Richard* (1984), 48 O.R. (2d) 191; *Stamp c. The Queen in right of Ontario* (1984), 47 O.R. (2d) 214; *Beaver c. Crowe* (1974), 49 D.L.R. (3d) 114; *Wallace c. Berrigan* (1988), 47 D.L.R. (4th) 752; *Holstein c. Berzolla*, [1981] 4 W.W.R. 159; *Ducharme c. Davies* (1981), 12 Sask. R. 137 (B.R.), conf. en partie par [1984] 1 W.W.R. 699 (C.A. Sask.); *Shaw Estate c. Roemer* (1982), 51 N.S.R. (2d) 229; *Yuan c. Farstad* (1967), 62 W.W.R. 645; *Earl c. Bourdon* (1975), 65 D.L.R. (3d) 646; *Gagnon c. Beaulieu*, [1977] 1 W.W.R. 702; *Aujla c. Christensen*, [1992] B.C.J. No. 860 (QL); *Pharness c. Wallace*, [1987] B.C.J. No. 2393 (QL), conf. par [1989] B.C.J. No. 2112 (QL); *Bentzler c. Braun*, 149 N.W.2d 626 (1967); *Mortensen c. Southern Pacific Co.*, 53 Cal. Rptr. 851 (1966); *Da Costa c. Da Costa*, [1993] B.C.J. No. 1485 (QL); *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287; *McCallion c. Dodd*, [1966] N.Z.L.R. 710; *Jordan House Ltd. c. Menow*, [1974] R.C.S. 239; *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 1186.

Citée par le juge Major (dissident)

Le Lievre c. Gould, [1893] 1 Q.B. 491; *Compagnie des Chemins de fer nationaux du Canada c. Vincent*, [1979] 1 R.C.S. 364; *DesBrisay c. Canadian Government Merchant Marine Ltd.*, [1941] R.C.S. 230; *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353; *Benmax c. Austin Motor Co.*,

(1979), 142 C.L.R. 531; *Lewis v. Todd*, [1980] 2 S.C.R. 694; *Migliore v. Gerard* (1987), 42 D.L.R. (4th) 619.

Statutes and Regulations Cited

Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, c. 288, s. 217(6).

Authors Cited

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 8th ed. Sydney: Law Book Co., 1992.
Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 5th ed. Toronto: Butterworths, 1993.
Todd, Stephen M. D., ed. *The Law of Torts in New Zealand*. Sydney: Law Book Co., 1991.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1992), 67 B.C.L.R. (2d) 190, 13 B.C.A.C. 143, 24 W.A.C. 143, affirming a decision of Harvey J. dismissing the appellant's action against the respondents Stauffer and Horvath. Appeal allowed, Sopinka and Major JJ. dissenting.

Romano F. Giusti, for the appellant.

Avon M. Mersey and *Michael J. Sobkin*, for the respondents Erich Stauffer and Florence Horvath.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. — I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues, Justice Cory, Justice McLachlin and Justice Major, and I have reached the same conclusion as Cory J.

The responsibility for ensuring that infant passengers use their seat belts must always be borne at least in part by the driver. Not only is the driver in control of the vehicle; for purposes of distributing loss in the event of accident, the driver is most often the insured. I would differentiate more sharply than Cory J. does between the duty of care (a question of law) and the standard of care (a question of mixed law and fact), though I confess that the distinction may at times be elusive. In the present case, the respondent driver owed a duty of care to take some action concerning the appellant's use of a seat belt. The standard of care owed by the respondent is what kind of action was reasonable

[1955] A.C. 370; *Warren c. Coombes* (1979), 142 C.L.R. 531; *Lewis c. Todd*, [1980] 2 R.C.S. 694; *Migliore c. Gerard* (1987), 42 D.L.R. (4th) 619.

Lois et règlements cités

Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, ch. 288, art. 217(6).

Doctrine citée

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 8th ed. Sydney: Law Book Co., 1992.
Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 5th ed. Toronto: Butterworths, 1993.
Todd, Stephen M. D., ed. *The Law of Torts in New Zealand*. Sydney: Law Book Co., 1991.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1992), 67 B.C.L.R. (2d) 190, 13 B.C.A.C. 143, 24 W.A.C. 143, qui a confirmé une décision du juge Harvey, qui avait rejeté l'action de l'appelant contre les intimés Stauffer et Horvath. Pourvoi accueilli, les juges Sopinka et Major sont dissidents.

Romano F. Giusti, pour l'appelant.

Avon M. Mersey et *Michael J. Sobkin*, pour les intimés Erich Stauffer et Florence Horvath.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST — J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de mes collègues les juges Cory, McLachlin et Major et je suis arrivé à la même conclusion que le juge Cory.

La responsabilité de veiller à ce que les passagers mineurs portent la ceinture de sécurité doit toujours revenir au conducteur, du moins en partie. Non seulement il a la maîtrise du véhicule, mais, aux fins du partage des préjudices en cas d'accident, c'est le plus souvent lui l'assuré. Je ferais une distinction plus nette que celle du juge Cory entre l'obligation de diligence (une question de droit) et la norme de diligence (une question mixte de droit et de fait), bien que je doive avouer que la distinction peut parfois être difficile à saisir. En l'espèce, le conducteur intimé avait l'obligation de diligence de prendre certaines mesures au sujet du port d'une ceinture de sécurité par l'appelant. La norme

under all the circumstances, an issue that is for the trial judge to determine. However, the mere fact that the respondent thought about the situation and then decided to do nothing is, in my view, insufficient in law to meet that standard.

For these reasons, I would dispose of the appeal in the manner proposed by Cory J.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

CORY J. — The issue raised on this appeal is whether the general duty of care owed by the driver of a car to his passengers includes a duty to take reasonable steps to ensure that a passenger under 16 years of age wears a seat belt. If it is found that such a duty exists then it must be determined whether that duty is negated by the presence of a parent of the child.

Factual Background

On August 17, 1985, Karl Galaske, then eight years of age, together with his father Peter came to visit Erich Stauffer, a friend of the family of many years.

It was decided that Karl and his father would go in Erich Stauffer's new truck to visit his vegetable garden, which was located a mile and a half from Stauffer's residence. The truck was fitted with seat belts for all the occupants of the front seat. Karl sat in the middle between his father and Erich Stauffer.

Mr. Stauffer did not suggest that his passengers put on their seat belts. He omitted doing so because, in his words, he did not wish to take the "fathership" away from his friend Peter Galaske. He readily conceded that if young Karl had been in the vehicle alone with him he would have insisted that he wear the seat belt. It was only the presence of the father which prevented him from requiring that the seat belt be worn. He further agreed that he

de diligence à laquelle devait satisfaire l'intimé consiste dans le genre de mesures raisonnables à prendre dans les circonstances, question que doit trancher le juge de première instance. Selon moi, toutefois, le simple fait que l'intimé ait pensé à la situation et décidé alors de ne rien faire ne suffit pas en droit pour conclure au respect de la norme.

Pour ces motifs, je suis d'avis de disposer du pourvoi de la manière proposée par le juge Cory.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory rendu par

LE JUGE CORY — Il s'agit en l'espèce de déterminer si l'obligation générale de diligence qu'a le conducteur d'une automobile envers ses passagers comprend l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer qu'un passager âgé de moins de 16 ans porte la ceinture de sécurité. Au cas où nous conclurions à l'existence d'une telle obligation de diligence, il faudrait déterminer si la présence de l'un des parents de l'enfant vient écarter cette obligation.

Historique

Le 17 août 1985, Karl Galaske, qui avait alors huit ans, est venu avec son père, Peter, rendre visite à Erich Stauffer, un ami de longue date de la famille.

Il a été décidé qu'Erich Stauffer emmènerait Karl et son père dans sa camionnette neuve voir son potager situé à un mille et demi de chez lui. La camionnette était munie de ceintures de sécurité pour tous ceux qui s'asseyaient sur la banquette avant. Karl occupait la place du milieu, entre son père et Erich Stauffer.

Monsieur Stauffer n'a pas demandé à ses passagers d'attacher leur ceinture de sécurité parce que, a-t-il dit, il ne tenait pas à empiéter sur les [TRADUCTION] «responsabilités paternelles» de son ami Peter Galaske. Toutefois, il a convenu volontiers que, si le jeune Karl s'était trouvé seul avec lui dans le véhicule, il aurait insisté pour qu'il porte la ceinture de sécurité. Il n'y a en effet que la présence du père qui l'a empêché d'exiger le port de

was aware of the importance of seat belts as a safety factor. This resulted, in part, from instructions that he had received from the Ministry of Highways. As well, he had been stopped on no less than three occasions with regard to seat belts. On the first occasion, he had been warned by the police of the necessity of wearing his seat belt. On the second, he had received a ticket for failing to wear his seat belt. On the third, he was the driver of the car when his wife received a ticket for failing to wear her seat belt.

The decision not to insist upon Karl wearing his seat belt had tragic results. The route to the vegetable garden required Stauffer to drive by an intersection that he knew to be dangerous. At that intersection, through no fault of his own, his truck was struck by another vehicle, driven by the defendant O'Donnell. The Galaske father and son were thrown from the vehicle as a result of the impact. Peter Galaske was killed and Karl Galaske received serious injuries rendering him paraplegic.

The Courts Below

The Trial Division

The trial judge held that the accident itself was caused solely by the negligence of the defendant O'Donnell. He then considered whether the respondent Stauffer could be held responsible for the failure to ensure that Karl Galaske had worn his seat belt. The evidence was clear that if seat belts had been worn, no serious injuries would have been suffered by either of the passengers.

The trial judge accepted the respondent's evidence that he was aware that seat belts should be worn to reduce injuries. However, the respondent was not aware of the specific provisions of s. 217(6) of the British Columbia *Motor Vehicle Act*,

la ceinture. M. Stauffer a convenu en outre qu'il connaissait l'importance des ceintures sur le plan de la sécurité. Cette connaissance venait en partie de directives qu'il avait reçues du ministère de la Voirie, mais aussi de ce qu'il s'était fait arrêter pas moins de trois fois relativement au port de la ceinture de sécurité. À la première occasion, le policier lui avait simplement donné un avertissement en soulignant la nécessité de porter la ceinture. La deuxième fois, il avait attrapé une contravention pour ne pas avoir attaché sa ceinture de sécurité. La troisième fois, il était au volant lorsque sa femme a reçu une contravention pour la même infraction.

La décision de ne pas insister pour que Karl porte sa ceinture de sécurité a eu des conséquences tragiques. Pour se rendre au potager, Stauffer devait suivre un trajet qui l'obligeait à traverser une intersection qu'il savait dangereuse. À cette intersection, sans aucune faute de sa part, la camionnette a été heurtée par un autre véhicule, au volant duquel se trouvait la défenderesse O'Donnell. Par suite de la collision, les Galaske, père et fils, ont été projetés a l'extérieur de la camionnette. Peter Galaske est décédé et Karl Galaske a subi de graves blessures qui l'ont rendu paraplégique.

Les juridictions inférieures

La Section de première instance

Le juge de première instance a conclu que l'accident lui-même avait eu pour seule cause la négligence de la défenderesse O'Donnell. Il s'est donc demandé ensuite si l'intimé Stauffer pouvait être tenu responsable de l'omission de s'assurer que Karl Galaske porte sa ceinture de sécurité, car il était évident, d'après la preuve, que, s'ils avaient attaché leur ceinture, ni l'un ni l'autre passager n'aurait été gravement blessé.

Le juge de première instance a retenu le témoignage de l'intimé, selon lequel il savait qu'il fallait porter la ceinture de sécurité pour réduire les blessures. L'intimé ignorait cependant les dispositions particulières du par. 217(6) de la *Motor Vehicle*

R.S.B.C. 1979, c. 288, which prohibits the driving of a motor vehicle unless seat belts are worn by children under 16 years of age. The trial judge considered that the case of *The Queen in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205, established the principle that a breach of the provisions of s. 217(6) did not in itself give a right of recovery. He decided that the statutory formulation of the duty did not, in the circumstances of this case, define a specific standard of reasonable conduct. Lastly, he determined that the liability of the driver should be determined in light of the surrounding circumstances. He concluded that it was not unreasonable for Stauffer to expect that Karl's father was the appropriate person to exercise control over him and to ensure that he wore a seat belt. He therefore found that there was no duty of care owed by the defendant Stauffer to the infant plaintiff with respect to the use of the seat belt. As a result Stauffer could not be found to have been negligent.

Act, R.S.B.C. 1979, ch. 288, de la Colombie-Britannique, qui interdit de conduire un véhicule automobile si les enfants de moins de 16 ans qui y prennent place ne portent pas la ceinture de sécurité. D'après le juge de première instance, il découle du principe posé dans l'arrêt *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205, que la violation du par. 217(6) ne suffisait pas à elle seule pour conférer un droit de recouvrement. Le juge a donc décidé qu'en l'espèce l'énoncé de l'obligation dans la loi ne précisait aucune norme de conduite raisonnable. En dernier lieu, il a conclu que la responsabilité du conducteur était à apprécier en fonction des circonstances. Il était raisonnable, a dit le juge, que Stauffer croie qu'il appartenait au père de Karl de le surveiller et de voir à ce qu'il attache sa ceinture de sécurité. Le juge a donc décidé que le défendeur Stauffer n'avait envers le demandeur mineur aucune obligation de diligence en ce qui concerne le port de la ceinture de sécurité. Il était en conséquence impossible de conclure à la négligence de Stauffer.

The Court of Appeal (1992), 67 B.C.L.R. (2d) 190, 13 B.C.A.C. 143, 24 W.A.C. 143

La Cour d'appel (1992), 67 B.C.L.R. (2d) 190, 13 B.C.A.C. 143, 24 W.A.C. 143

The Court of Appeal agreed with the conclusions of the trial judge. The majority noted that what was of significance was the presence of the father in the vehicle and the friendly and close relationship which existed between Stauffer and the father. This was sufficient to justify the conclusion that there was no liability resting upon Stauffer.

La Cour d'appel a souscrit aux conclusions du premier juge. Ce qu'il importait de retenir, selon les juges majoritaires, était la présence du père dans le véhicule et les relations amicales et intimes entre lui et Stauffer. Cela suffisait à justifier la conclusion qu'aucune responsabilité n'incombait à Stauffer.

Locke J.A. agreed with the conclusions of the majority but observed that the accident occurred in 1985 when seat belt legislation was not as prominent as it was at the time of the appeal. He stated that if the accident had happened at the time of the appeal, his conclusion would have been different.

Quant au juge Locke, il partageait l'avis de la majorité, mais a souligné que l'accident avait eu lieu en 1985, soit à une époque où l'on ne prêtait pas aux dispositions législatives concernant les ceintures de sécurité autant d'importance qu'au moment de l'appel. Si l'accident avait eu lieu à l'époque de l'appel, a-t-il dit, sa conclusion aurait été différente.

Analysis

The issues that arise in this case can, I think, be resolved upon an application of the classic principles of tort law.

Basically, a defendant can only be found liable if it is established, first, that he owed a duty of care to the plaintiff and, second, that he was in breach of that duty and failed to exercise the standard of care of a reasonable person placed in the same circumstances. Let us first consider the concept of the duty of care.

The Existence of a Duty of Care, Generally

In *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, at pp. 10-11, Wilson J. paraphrased the two-stage test formulated in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, for determining whether a duty of care existed. She did so in these words:

(1) is there a sufficiently close relationship between the parties . . . so that, in the reasonable contemplation of the authority, carelessness on its part might cause damage to that person? If so,

(2) are there any considerations which ought to negative or limit (a) the scope of the duty and (b) the class of persons to whom it is owed or (c) the damages to which a breach of it may give rise?

This approach has been quoted with approval in *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228, and *Hall v. Hebert*, [1993] 2 S.C.R. 159. This is the basis upon which a determination should be made as to whether there is a sufficiently close relationship between the parties to establish that a *prima facie* duty of care is owed by one party (the defendant) to another party (the plaintiff). The principle was set out in *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562, at p. 580, in these classic words:

You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely

Analyse

Je crois que les questions qui se posent en l'espèce peuvent se résoudre par l'application des principes classiques du droit de la responsabilité délictuelle.

En un mot, le défendeur ne peut être déclaré responsable que si l'on a établi, premièrement, qu'il avait une obligation de diligence envers le demandeur et, deuxièmement, qu'il a manqué à cette obligation et qu'il ne s'est pas conformé à la norme de diligence de la personne raisonnable se trouvant dans la même situation. Examinons d'abord la notion de l'obligation de diligence.

L'existence d'une obligation de diligence en général

Dans l'arrêt *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, aux pp. 10 et 11, le juge Wilson a paraphrasé le critère à deux volets, formulé dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, pour déterminer s'il existait une obligation de diligence. Elle a dit:

(1) y a-t-il des relations suffisamment étroites entre les parties [. . .] pour que les autorités aient pu raisonnablement prévoir que leur manque de diligence pourrait causer des dommages à la personne en cause? Dans l'affirmative,

(2) existe-t-il des motifs de restreindre ou de rejeter a) la portée de l'obligation et b) la catégorie de personnes qui en bénéficient ou c) les dommages auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu?

Cette méthode a été citée et approuvée dans les arrêts *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, et *Hall c. Hebert*, [1993] 2 R.C.S. 159. C'est sur ce fondement que doit se trancher la question de savoir s'il y a entre les parties des relations suffisamment étroites pour établir que l'une d'elles (le défendeur) a, à première vue, envers une autre (le demandeur) une obligation de diligence. L'énoncé classique du principe applicable se trouve dans l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562, à la p. 580:

[TRADUCTION] Il faut apporter un soin raisonnable pour éviter des actes ou omissions lorsqu'on peut raisonna-

to injure your neighbour. Who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be — persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.

Is there then a sufficiently close relationship between the driver of a motor vehicle and his passengers to establish a *prima facie* duty of care? I think that there undoubtedly is such a relationship. A driver owes a duty of care to his passengers to take reasonable steps to prevent foreseeable injuries. For example, a driver must comply with the rules of the road; a driver must exercise reasonable caution in the operation of a motor vehicle; a driver must not operate a motor vehicle that is known to be mechanically defective, for example without brakes or headlights or an adequate steering mechanism. The next question to be resolved is this: should that duty of care extend to ensuring that passengers under 16 years of age wear their seat belts?

The General Duty Resting on All Occupants of a Car to Wear Seat Belts

It has long been recognized that all occupants of a motor vehicle have a duty to wear their seat belts. In his excellent text *Canadian Tort Law* (5th ed. 1993), Justice Linden carefully reviewed the cases involving the use of seat belts. He observed that Canadian courts have recognized that passengers and drivers have a duty to ensure their own safety in a car by wearing seat belts. A failure to do so will result in an assessment of contributory negligence against that person. The author notes that where the seat belt defence was rejected, there was no evidence that the failure to wear the seat belt caused or aggravated the injury. That is certainly not at issue in this case.

The reasoning of Lord Denning in *Froom v. Butcher*, [1975] 3 All E.R. 520, at pp. 525-27, has

blement prévoir qu'ils sont susceptibles de léser son prochain. Qui alors est mon prochain en droit? La réponse semble être: les personnes qui sont de si près et si directement touchées par mon acte que je devrais raisonnablement les avoir à l'esprit comme ainsi touchées lorsque je songe aux actes ou omissions qui sont mis en question.

Or, existe-t-il entre le conducteur d'un véhicule automobile et ses passagers des relations suffisamment étroites pour établir à première vue une obligation de diligence? Selon moi, cela ne fait aucun doute. Le conducteur d'un véhicule a envers ses passagers une obligation de prendre des mesures raisonnables pour prévenir les blessures prévisibles. Par exemple, il doit se conformer au code de la route; il doit faire preuve d'une prudence raisonnable au volant; il ne doit pas conduire un véhicule qu'il sait défectueux sur le plan mécanique (freins ou phares qui ne fonctionnent pas, direction inadéquate). On doit donc se demander ensuite si cette obligation de diligence devrait comporter celle de s'assurer que les passagers de moins de 16 ans portent leur ceinture de sécurité.

L'obligation générale de tous les occupants d'une automobile de porter la ceinture de sécurité

Il est reconnu depuis longtemps qu'il incombe à tous les occupants d'un véhicule automobile de porter leur ceinture de sécurité. Dans son excellent ouvrage intitulé *Canadian Tort Law* (5e éd. 1993), le juge Linden passe minutieusement en revue la jurisprudence concernant le port de la ceinture de sécurité. Il fait remarquer que les tribunaux canadiens ont reconnu que les passagers et les conducteurs ont l'obligation d'assurer leur propre sécurité en attachant leur ceinture lorsqu'ils prennent place dans une automobile. Quiconque omet de le faire s'expose à une conclusion de négligence contributive à son égard. L'auteur indique que, dans les cas où le moyen de défense d'omission de porter la ceinture de sécurité a été rejeté, il n'y avait aucune preuve établissant que les lésions subies avaient été causées ou aggravées par cette omission. Or, il n'en est certainement pas ainsi en l'espèce.

Le raisonnement de lord Denning dans l'arrêt *Froom c. Butcher*, [1975] 3 All E.R. 520, aux pp.

often been cited in support of the need to wear seat belts. There he stated:

The sensible practice

It is compulsory for every motor car to be fitted with seat belts for the front seats. The regulations so provide. They apply to every motor car registered since 1st 1965. In the regulations seat belts are called, in cumbrous language, 'body-restraining seat belts.' A 'seat belt' is defined as 'a belt intended to be worn by a person in a vehicle and designed to prevent or lessen injury to its wearer in the event of an accident to the vehicle . . .'

Seeing that it is compusory [*sic*] to fit seat belts, Parliament must have thought it sensible to wear them. But it did not make it compulsory for anyone to wear a seat belt. Everyone is free to wear it or not, as he pleases. Free in this sense, that if he does not wear it, he is free from any penalty by the magistrates. Free in the sense that everyone is free to run his head against a brick wall, if he pleases. He can do it if he likes without being punished by the law. But it is not a sensible thing to do. If he does it, it is his own fault; and he has only himself to thank for the consequences.

Much material has been put before us about the value of wearing a seat belt. It shows quite plainly that everyone in the front seats of a car should wear a seat belt. Not only on long trips, but also on short ones. Not only in the town, but also in the country. Not only when there is fog, but also when it is clear. Not only by fast drivers, but also by slow ones. Not only on motorways, but also on side roads. . . .

. . .

Quite a lot of people, however, think differently about seat belts. Some are like Mr. Froom here. They think that they would be less likely to be injured if they were thrown clear than if they were strapped in. They would be wrong .... In determining responsibility, the law eliminates the personal equation. It takes no notice of the views of the particular individual; or of others like

525 à 527, a souvent été invoqué à l'appui de la nécessité de porter la ceinture de sécurité. Il a dit:

[TRADUCTION]

Ce que commande le bon sens

Toute automobile doit obligatoirement être munie de ceintures de sécurité pour les sièges avant. C'est ce qui est prescrit par voie de règlement applicable à toutes les automobiles immatriculées depuis le début de 1965. Le règlement parle, dans un style plutôt lourd de «ceintures de retenue pour le corps». Le terme «ceinture de sécurité» y est ainsi défini: «ceinture destinée à être portée par une personne prenant place dans un véhicule et à prévenir ou à réduire les blessures pour le porteur en cas d'accident . . .»

Comme l'installation de ceintures de sécurité est obligatoire, le Parlement a dû tenir pour sensé le port de celles-ci. Il n'en a toutefois pas fait une obligation. Chacun est libre de porter la ceinture ou de ne pas la porter, comme bon lui semble. Libre en ce sens que, si on ne la porte pas, on n'est passible d'aucune peine infligée par les magistrats. Libre en ce sens que chacun est libre de donner de la tête contre un mur de briques, s'il le veut. On peut le faire, si on le veut, sans s'attirer de sanction légale. Ce n'est toutefois pas un comportement sensé. Donc, celui qui s'y livre n'a à s'en prendre qu'à lui-même; et il est seul responsable des conséquences.

On nous a soumis une preuve abondante sur l'utilité de porter la ceinture de sécurité. Il en ressort très nettement que tous les occupants des sièges avant d'une voiture devraient la porter. Non seulement pour de longs trajets, mais aussi pour des courts. Non seulement en ville, mais aussi à la campagne. Non seulement dans le brouillard, mais aussi par temps clair. Non seulement si l'on conduit vite, mais aussi si l'on roule lentement. Non seulement sur les autoroutes, mais aussi sur les routes secondaires. . .

. . .

Nombreux sont ceux toutefois qui ne voient pas du même œil la ceinture de sécurité. Il y en a qui, comme M. Froom en l'espèce, croient courir un risque moins grand de blessure s'ils sont projetés en dehors du véhicule que s'ils sont attachés à l'intérieur. Ils ont tort [. . .] Pour la détermination de la responsabilité, la règle de droit exige que l'on fasse abstraction de l'élément personnel. Aucun compte n'est tenu des vues de la personne en question ni de celles de ses semblables. En effet, chacun est tenu en droit de prendre toutes les pré-

him. It requires everyone to exercise all such precautions as a man of ordinary prudence would observe . . . .

. . .

Other people take the view that the risk of an accident is so remote that it is not necessary to wear a seat belt on all occasions; but only when there are circumstances which carry a high risk. . . . I cannot accept this view either. You never know when a risk may arise. It often happens suddenly and when least anticipated, when there is no time to fasten the seat belt. Besides, it is easy to forget when only done occasionally. But, done regularly, it becomes automatic. Every time that a car goes out on the road there is the risk of an accident. Not that you yourself will be negligent. But that someone else will be. That is a possibility which a prudent man should, and will, guard against. He should always, if he is wise, wear a seat belt.

. . .

Lastly, there are many people who do not wear their seat belts, simply through forgetfulness or inadvertence or thoughtlessness. . . . The case for wearing seat belts is so strong that I do not think the law can admit forgetfulness as an excuse.

These reasons are as sensible and compelling in 1994 as they were in 1975, and should have been in 1985.

The courts in this country have consistently deducted from 5 to 25 percent from claims for damages for personal injury on the grounds that the victims were contributorily negligent for not wearing their seat belts. This has been done whenever it has been demonstrated that the injuries would have been reduced if the belts had in fact been worn.

The following cases provide but a few examples of the application of this principle: *Jackson v. Millar*, [1972] 2 O.R. 197 (H.C.), rev'd on another point [1973] 1 O.R. 399 (C.A.), rev'd [1976] 1 S.C.R. 225; *Dodgson v. Topolinsky* (1980), 125 D.L.R. (3d) 177 (Ont. H.C.); *Pugliese v. Macrillo Estate* (1988), 67 O.R. (2d) 641 (H.C.); *Thurmeier v. Bray* (1990), 83 Sask. R. 183 (Q.B.); *Ohlheiser*

cautions que prendrait un homme d'une prudence ordinaire . . .

. . .

Pour d'autres personnes, le risque d'accident est tellement mince qu'il n'est pas nécessaire de toujours porter la ceinture de sécurité; il suffit de le faire dans les situations à risque élevé [. . .] Je ne puis davantage admettre ce point de vue. On ne sait jamais quand un risque se présentera. Souvent, cela arrive brusquement et quand on s'y attend le moins, de sorte qu'on n'a pas le temps d'attacher la ceinture de sécurité. D'autre part, on oublie facilement un geste qui ne s'accomplit qu'à l'occasion, alors que ce même geste, fait régulièrement, devient automatique. Chaque fois qu'on sort en voiture, il y a risque d'accident. Non pas qu'on soit soi-même négligent, mais quelqu'un d'autre le sera. C'est là une possibilité contre laquelle l'homme prudent devrait se prémunir, et se prémunira. Il devrait toujours, s'il est sage, porter la ceinture de sécurité.

. . .

En dernier lieu, bien des gens ne portent pas la ceinture de sécurité par simple oubli, inadvertance ou irréflexion. [. . .] Les arguments militant en faveur du port de la ceinture de sécurité sont tellement puissants que, à mon avis, l'oubli ne saurait être juridiquement admissible comme excuse.

Ces raisons demeurent en 1994 tout aussi sensées et convaincantes qu'elles l'étaient en 1975 et qu'elles auraient dû l'être en 1985.

Invoquant la négligence contributive de la victime du fait de ne pas avoir porté la ceinture de sécurité, les tribunaux canadiens ont systématiquement diminué de 5 à 25 pour 100 les sommes accordées à titre de dommages-intérêts pour lésions corporelles. Ils ont agi de la sorte chaque fois qu'on a pu établir que le port de la ceinture de sécurité aurait réduit la gravité des lésions.

Les décisions suivantes ne sont que quelques exemples de l'application du principe en question: *Jackson c. Millar*, [1972] 2 O.R. 197 (H.C.), inf. sur un autre point par [1973] 1 O.R. 399 (C.A.), inf. par [1976] 1 R.C.S. 225; *Dodgson c. Topolinsky* (1980), 125 D.L.R. (3d) 177 (H.C. Ont.); *Pugliese c. Macrillo Estate* (1988), 67 O.R. (2d) 641 (H.C.); *Thurmeier c. Bray* (1990), 83 Sask. R.

v. Cummings, [1979] 6 W.W.R. 282 (Sask. Q.B.); *Keller v. Kautz* (1982), 20 Sask. R. 420 (Q.B.); *Rinas v. City of Regina* (1983), 26 Sask. R. 132 (Q.B.); *Berube v. Vanest*, [1991] O.J. No. 1633 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Horsman v. Bulmer* (1987), 42 C.C.L.T. 220 (N.B.C.A.); *Schon v. Hodgins*, [1988] O.J. No. 743 (Dist. Ct.); *Gervais v. Richard* (1984), 48 O.R. (2d) 191 (H.C.); *Stamp v. The Queen in right of Ontario* (1984), 47 O.R. (2d) 214 (C.A.); *Beaver v. Crowe* (1974), 49 D.L.R. (3d) 114 (N.S.S.C.T.D.); *Wallace v. Berrigan* (1988), 47 D.L.R. (4th) 752 (N.S.S.C.A.D.); *Holstein v. Berzolla*, [1981] 4 W.W.R. 159 (Q.B.); *Ducharme v. Davies* (1981), 12 Sask. R. 137 (Q.B.), aff'd in part [1984] 1 W.W.R. 699 (Sask. C.A.); *Shaw Estate v. Roemer* (1982), 51 N.S.R. (2d) 229 (N.S.S.C.A.D.).

The same principle has been applied in British Columbia, as the following cases demonstrate: *Yuan v. Farstad* (1967), 62 W.W.R. 645 (B.C.S.C.); *Earl v. Bourdon* (1975), 65 D.L.R. (3d) 646 (B.C.S.C.); *Gagnon v. Beaulieu*, [1977] 1 W.W.R. 702 (B.C.S.C.); *Aujla v. Christensen*, [1992] B.C.J. No. 860 (S.C.); *Pharness v. Wallace*, [1987] B.C.J. No. 2393 (S.C.), aff'd [1989] B.C.J. No. 2112 (C.A.).

The decision of Munroe J. in *Yuan* appears to be one of the first Canadian decisions to hold that occupants of a car have a duty to wear a seat belt. That is to say, there is a duty of care resting upon occupants of a motor vehicle to wear a seat belt. The accident in that case occurred in 1966 in a residential area of the city of Vancouver. The following prescient statements made by Munroe J. at pp. 651-53, in my view, are a correct expression of the principles applicable to the wearing of seat belts.

It is the submission of the defendants that the deceased, by his failure to use his seat belt, failed to use reasonable care or to take proper precautions for his own safety and thereby contributed to his own injuries. If that is so, the defence of contributory negligence must succeed: See *Nance v. B.C. Electric Ry.* (1951) 2 WWR (NS) 665, [1951] AC 601, 67 CRTC 340, reversing [1950] 1 WWR 797, 65 CRTC 237; *Car & Gen. Insur.*

183 (B.R.); *Ohlheiser c. Cummings*, [1979] 6 W.W.R. 282 (B.R. Sask.); *Keller c. Kautz* (1982), 20 Sask. R. 420 (B.R.); *Rinas c. City of Regina* (1983), 26 Sask. R. 132 (B.R.); *Berube c. Vanest*, [1991] O.J. No. 1633 (C. Ont. (Div. gén.)); *Horsman c. Bulmer* (1987), 42 C.C.L.T. 220 (C.A.N.-B.); *Schon c. Hodgins*, [1988] O.J. No. 743 (C. dist.); *Gervais c. Richard* (1984), 48 O.R. (2d) 191 (H.C.); *Stamp c. The Queen in right of Ontario* (1984), 47 O.R. (2d) 214 (C.A.); *Beaver c. Crowe* (1974), 49 D.L.R. (3d) 114 (C.S.N.-É. 1re inst.); *Wallace c. Berrigan* (1988), 47 D.L.R. (4th) 752 (C.A.N.-É., Div. app.); *Holstein c. Berzolla*, [1981] 4 W.W.R. 159 (B.R.); *Ducharme c. Davies* (1981), 12 Sask. R. 137 (B.R.) conf. en partie par [1984] 1 W.W.R. 699 (C.A. Sask.); *Shaw Estate c. Roemer* (1982), 51 N.S.R. (2d) 229 (C.A.N.É., Div. app.).

Le même principe a été appliqué en Colombie-Britannique, comme l'indiquent les décisions suivantes: *Yuan c. Farstad* (1967), 62 W.W.R. 645 (C.S.C.-B.); *Earl c. Bourdon* (1975), 65 D.L.R. (3d) 646 (C.S.C.-B.); *Gagnon c. Beaulieu*, [1977] 1 W.W.R. 702 (C.S.C.-B.); *Aujla c. Christensen*, [1992] B.C.J. No. 860 (C.S.); *Pharness c. Wallace*, [1987] B.C.J. No. 2393 (C.S.), conf. par [1989] B.C.J. No. 2112 (C.A.).

La décision du juge Munroe dans l'affaire *Yuan* semble être l'une des premières au Canada qui impose aux occupants d'une automobile l'obligation de porter la ceinture de sécurité. Il s'agit, en d'autres termes, d'une obligation de diligence leur incombant. Dans cette affaire, l'accident était survenu en 1966 dans un quartier résidentiel de la ville de Vancouver. Les observations reproduites ci-après, figurant aux pp. 651 à 653, témoignent de prescience de la part du juge Munroe; elles constituent, selon moi, un énoncé exact des principes applicables au port de la ceinture de sécurité.

[TRADUCTION] Les défendeurs soutiennent que la victime, par son omission d'attacher sa ceinture de sécurité, n'a pas fait preuve de diligence raisonnable ni n'a pris les précautions qui s'imposaient pour sa propre sécurité, de sorte qu'il a lui-même contribué à causer ses blessures. Si c'est le cas, le moyen de défense de négligence contributive doit être retenu: Voir *Nance c. B.C. Electric Ry.* (1951) 2 WWR (NS) 665, [1951] AC 601, 67 CRTC

Corpn. v. Seymour [1956] SCR 322 affirming (*sub nom. Seymour v. Maloney*) 36 MPR, at 360; *Prior v. Kyle* (1965) 52 WWR 1, varying (1964) 47 WWR 489 (B.C.C.A.).

In support of such submission the defendants called as witnesses Capt. E. T. Corning, retired captain of the Seattle police force, and Dr. Peter Fisher, a Seattle physician and surgeon and specialist in internal medicine. Each of these men has made a study of the effectiveness of seat belts in safeguarding motorists from injuries. Their qualifications and experience entitle them to give opinion evidence. Capt. Corning has investigated hundreds of automobile accidents. Based upon his experience and studies, he is firmly of opinion that lap seat belts, when worn, do tend to lessen the severity of injuries in most automobile accidents. Based upon personal observations made at race tracks as well as other studies made by him, Dr. Fisher is of opinion that a lap seat belt will prevent ejection from a vehicle and will lessen the severity of any steering wheel injury because it prevents body displacement.

... Based upon the evidence of these two experts, which was uncontroverted, and based upon the general knowledge of mankind, it is clear, and I find, that lap seat belts are effective in reducing fatalities and minimizing injuries resulting from automobile accidents. I adopt the view of Frankfurter, J. who once said, "there comes a point where this court should not be ignorant as judges of what we know as men."

. . .

In the face of such knowledge, and despite the apparent absence of any Canadian precedents upon the matter, I am of opinion that a reasonable and prudent driver of a motor vehicle in a city would and should make use of a seat belt provided for his use. I am not unmindful of the fact that in driving without having his seat belt done up, the deceased was committing neither a crime nor any breach of statute. He was lawfully entitled to drive without using his seat belt, but that is not determinative of the issue as to whether or not in so doing he failed to take proper precautions for his safety and thus contributed to his injuries. If he did so fail the defendants are entitled to be relieved of some degree of respon-

340, infirmant [1950] 1 WWR 797, 65 CRTC 237; *Car & Gen. Insur. Corpn. c. Seymour* [1956] RCS 322 confirmant (*sub nom. Seymour c. Maloney*) 36 MPR, à la p. 360; *Prior c. Kyle* (1965) 52 WWR 1, modifiant (1964) 47 WWR 489 (C.A.C.-B.).

Pour étayer cet argument, les défendeurs ont fait témoigner E. T. Corning, capitaine retraité de la police de Seattle, ainsi que le Dr Peter Fisher, chirurgien spécialiste de la médecine interne à Seattle. L'un et l'autre ont étudié l'efficacité des ceintures de sécurité pour protéger les automobilistes contre les blessures. En raison de leur compétence et de leur expérience, ils sont admis à donner un témoignage d'opinion. Le capitaine Corning a enquêté sur des centaines d'accidents d'automobile. Son expérience et les études qu'il a menées l'amènent à croire fermement que le port de la ceinture de sécurité à sangle abdominale tend effectivement à réduire la gravité des blessures dans la plupart des accidents d'automobile. Quant au Dr Fisher, il estime, compte tenu de ses constatations personnelles faites à des pistes de courses et d'autres études qu'il a réalisées, que la ceinture à sangle abdominale empêche qu'on ne soit projeté à l'extérieur d'un véhicule et atténue la gravité des blessures causées par le volant parce qu'elle retient le corps.

... Vu le témoignage incontesté de ces deux experts et étant donné les connaissances générales des hommes, il est évident — et je conclus — que les ceintures à sangle abdominale sont efficaces pour diminuer le nombre de décès et pour réduire au minimum les blessures résultant d'accidents d'automobile. Je fais mienne l'opinion du juge Frankfurter, qui a dit une fois, «il vient un moment où, en tant que juges de cette cour, nous ne devons pas faire abstraction de nos connaissances d'hommes.»

. . .

Devant de telles connaissances et malgré l'absence apparente de précédents canadiens sur la question, j'estime qu'un conducteur raisonnable et prudent d'un véhicule automobile dans une ville se servirait — et devrait se servir — de la ceinture de sécurité dont le véhicule est muni. Je n'oublie pas que la victime, en conduisant sans avoir attaché sa ceinture de sécurité, ne commettait pas d'infraction criminelle ni ne violait aucune loi. Du point de vue juridique, il avait le droit de conduire sans porter la ceinture de sécurité, mais cela n'est nullement concluant relativement à la question de savoir si, en agissant de la sorte, il a omis de prendre les précautions qui s'imposaient pour assurer sa propre sécurité et a ainsi contribué à causer ses blessures. S'il était coupable

sibility for the resulting injuries, as is provided by the *Contributory Negligence Act.*

Munroe J. further supported his decision on the basis of American cases which found that a duty to wear a seat belt could be based upon common-law standards of care. He referred to *Bentzler v. Braun*, 149 N.W.2d 626 (Wis. 1967) and to the California District Court of Appeal in *Mortensen v. Southern Pacific Co.*, 53 Cal. Rptr. 851 (1966).

These cases demonstrate that since 1968 courts in Canada have properly recognized that the exercise of reasonable care requires occupants of a motor vehicle to wear seat belts. This is true whether a vehicle is being driven on a highway or in the city, over a long or a short distance. The cases correctly reflect the dictates of common sense. Long before 1985, when this accident occurred, it was a reasonable requirement that seat belts be worn.

The Duty Owed by a Driver to Ensure That Passengers Under 16 Wear Seat Belts

There is therefore a duty of care owed by an occupant of a car to wear a seat belt. This duty is based upon the sensible recognition of the safety provided by seat belts and the foreseeability of harm resulting from the failure to wear them. What then of children in a car? Children under 16, although they may contest it, do require guidance and direction from parents and older persons. This has always been recognized by society. That guidance and protection must extend to ensuring that those under 16 properly wear their seat belts. To the question of who should assume that duty, the answer must be that there may be two or more people who bear that responsibility. However one of those responsible must always be the driver of the car.

d'une telle omission, les défendeurs sont en droit de se voir dans une certaine mesure dégagés de la responsabilité de ces blessures, comme le prévoit la *Contributory Negligence Act.*

Le juge Munroe a en outre fondé sa décision sur certains jugements américains selon lesquels l'obligation de porter la ceinture de sécurité pouvait découler des normes de diligence en common law. Il a mentionné à ce propos la décision *Bentzler c. Braun*, 149 N.W.2d 626 (Wis. 1967) et l'arrêt rendu par la Cour d'appel de district de Californie dans *Mortensen c. Southern Pacific Co.*, 53 Cal. Rptr. 851 (1966).

Il se dégage de la jurisprudence susmentionnée que, depuis 1968, les tribunaux canadiens ont à bon droit reconnu que la diligence raisonnable oblige les occupants d'un véhicule automobile à porter la ceinture de sécurité. Il en est ainsi, que l'on conduise sur la route ou en ville et que le trajet soit long ou court. La jurisprudence reflète, à juste titre, les impératifs du bon sens. Bien avant 1985, l'année où s'est produit l'accident en cause, le port de la ceinture de sécurité était considéré comme une exigence raisonnable.

L'obligation du conducteur de voir à ce que les passagers de moins de 16 ans portent la ceinture de sécurité

Il incombe donc à l'occupant d'une automobile l'obligation de porter la ceinture de sécurité. Cette obligation se fonde sur la reconnaissance, basée sur le bon sens, de la sécurité apportée par les ceintures de sécurité et sur la prévisibilité des risques que constitue le fait de ne pas les porter. Qu'en est-il alors des enfants prenant place dans une automobile? Les enfants âgés de moins de 16 ans, quoiqu'ils puissent ne pas en convenir, ont besoin des conseils et de la surveillance de leurs parents et aînés. La société l'a toujours reconnu. Or, donner conseils et protection doit comporter le fait de voir à ce que la ceinture de sécurité des moins de 16 ans soit bien attachée. À la question de savoir qui doit assumer cette dernière obligation, il faut répondre qu'elle peut incomber à plusieurs personnes, au nombre desquelles se trouve toujours, cependant, le conducteur de l'automobile.

A driver taking children as passengers must accept some responsibility for the safety of those children. The driving of a motor vehicle is neither a God-given nor a constitutional right. It is a licensed activity that is subject to a number of conditions, including the demonstration of a minimum standard of skill and knowledge pertaining to driving. Obligations and responsibilities flow from the right to drive. Those responsibilities must include some regard for the safety of young passengers. Children, as a result of their immaturity, may be unable to properly consider and provide for their own safety. The driver must take reasonable steps to see that young passengers wear their seat belts. This is so since it is foreseeable that harm can result from the failure to wear a seat belt, and since frequently, a child will, for any number of reasons, fail to secure the seat belt.

The driver of a car is in a position of control. The control may not be quite as great as that of the master of a vessel or the pilot of an aircraft. Nevertheless it exists. Coexistent with the right to drive and control a car is the responsibility of the driver to take reasonable steps to provide for the safety of passengers. Those reasonable steps must include not only the duty to drive carefully but also to see that seat belts are worn by young passengers who may not be responsible for ensuring their own safety.

In my view, quite apart from any statutory provisions, drivers must accept the responsibility of taking all reasonable steps to ensure that passengers under 16 years of age are in fact wearing their seat belts. The general public knowledge of the vital importance of seat belts as a safety factor requires a driver to ensure that young people make use of them. I would observe that this same conclusion was reached by Paris J. in *Da Costa v. Da Costa*, [1993] B.C.J. No. 1485 (S.C.). He too concluded that there is a duty owed by a driver to

Le conducteur qui prend des enfants comme passagers doit endosser une certaine responsabilité en ce qui concerne leur sécurité. Conduire un véhicule automobile n'est ni un droit naturel ni un droit constitutionnel. Il s'agit d'une activité qui tient à la possession d'un permis et qui est assujettie à certaines conditions, dont la démonstration d'un niveau minimal d'habileté et de connaissances en matière de conduite. Du droit de conduire procèdent des obligations et des responsabilités. Parmi les responsabilités figure nécessairement une certaine préoccupation à l'égard de la sécurité des jeunes passagers. Les enfants, en raison de leur immaturité, peuvent ne pas être à même de songer sérieusement à leur propre sécurité et d'y veiller. C'est donc au conducteur de prendre les mesures raisonnables qui s'imposent pour que les jeunes passagers portent la ceinture de sécurité. Il en est ainsi parce qu'il est prévisible que le fait de ne pas porter cette ceinture risque de causer un préjudice et que, souvent, pour quelque raison que ce soit, un enfant ne l'attachera pas.

Le conducteur d'une automobile est investi d'une autorité. Cette autorité n'est peut-être pas tout à fait aussi grande que celle du capitaine d'un navire ou du pilote d'un avion, mais elle est quand même réelle. Parallèlement au droit de conduire et de contrôler une automobile, existe la responsabilité du conducteur de prendre des mesures raisonnables pour assurer la sécurité des passagers. Cela comprend non seulement l'obligation de conduire prudemment mais aussi celle de voir à ce que les jeunes passagers, qui ne peuvent peut-être pas assumer la responsabilité de veiller à leur propre sécurité, portent la ceinture de sécurité.

À mon avis, tout à fait indépendamment des dispositions législatives qui peuvent exister, les conducteurs doivent assumer la responsabilité de prendre toutes les mesures raisonnables voulues afin de s'assurer que les passagers de moins 16 ans portent effectivement leur ceinture de sécurité. Puisque le grand public connaît généralement l'importance capitale de ces ceintures du point de vue de la sécurité, il incombe au conducteur de voir à ce que les jeunes s'en servent. Je fais remarquer d'ailleurs que le juge Paris a tiré cette même conclusion dans

ensure that children are wearing their seat belts. The statutory provisions pertaining to seat belts must now be considered.

The Effect of the Motor Vehicle Act

Section 217(6) of *Motor Vehicle Act* reads as follows:

217....

(6) A person shall not drive on a highway a motor vehicle in which there is a passenger who has attained age 6 but is under age 16 and who occupies a seating position for which a seat belt assembly is provided unless that passenger is wearing the complete seat belt assembly in a properly adjusted and securely fastened manner.

In *The Queen in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, *supra*, the issue was whether a breach of the *Canada Grain Act*, S.C. 1970-71-72, c. 7, by delivery of infested grain out of a grain elevator conferred upon the Canadian Wheat Board a civil right of action against the Saskatchewan Wheat Pool for damages. No allegation of negligence at common law was put forward. The notion of a nominate tort of statutory breach giving rise to recovery simply on proof of breach of the statute was rejected. So too was the argument that an unexcused breach of a statute constituted negligence *per se* which would lead to an automatic finding of liability. The Court, in the clear and convincing reasons delivered by Dickson J. (as he then was), took the position that proof of a statutory breach which causes damages may be evidence of negligence. Further, it was held that the statutory formulation of the duty may, but not necessarily will, afford a specific or useful standard of reasonable conduct.

It follows that the statutory requirement pertaining to seat belts is subsumed in the general law of

la décision *Da Costa c. Da Costa*, [1993] B.C.J. No. 1485 (C.S.). Il a conclu, lui aussi, à l'existence d'une obligation pour le conducteur de s'assurer que les enfants portent leur ceinture de sécurité. Passons maintenant à l'examen des dispositions législatives concernant les ceintures de sécurité.

L'effet de la Motor Vehicle Act

Le paragraphe 217(6) de la *Motor Vehicle Act* dispose:

[TRADUCTION] **217.**...

(6) Il est interdit de conduire sur la route un véhicule automobile ayant à bord un passager qui a atteint l'âge de 6 ans mais qui n'a pas encore 16 ans et qui occupe un siège muni d'une ceinture de sécurité, à moins que le passager ne porte le dispositif complet, bien ajusté et attaché.

Dans l'affaire *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, précité, la question était de savoir si la violation de la *Loi sur les grains du Canada*, S.C. 1970-71-72, ch. 7, que constituait la livraison de grain infesté qui provenait d'un élévateur conférait à la Commission canadienne du blé le droit d'intenter une action civile en dommages-intérêts contre le Saskatchewan Wheat Pool. Il n'y a eu aucune allégation de négligence de common law. La notion d'un délit civil spécial de violation d'une obligation légale qui donnerait droit à des dommages-intérêts à la suite de la simple preuve d'une violation de la loi a été rejetée, comme l'a été également l'argument selon lequel une violation sans excuse valable d'une loi constitue de la négligence en soi qui entraîne automatiquement une conclusion à la responsabilité. La Cour, dans les motifs clairs et convaincants du juge Dickson (plus tard Juge en chef), a dit que la preuve de la violation d'une loi, qui cause un préjudice, peut être une preuve de négligence. La Cour a en outre conclu que l'obligation formulée dans un texte de loi peut, mais pas forcément, constituer une norme précise ou utile de conduite raisonnable.

Il s'ensuit que l'exigence légale relative aux ceintures de sécurité est subsumée sous les règles

negligence. However, the statute can, I think, be taken as a public indication that the failure of a driver to ensure that children in the vehicle are wearing seat belts constitutes unreasonable conduct. Further, it may be taken as indicating that such a failure on the part of the driver demonstrates conduct which falls below the standard required by the community and is thus negligent. In this case, the legislation is simply another factor which can be taken into account by the Court in the course of determining whether the failure to ensure children in the car are wearing seat belts constituted negligent behaviour on the part of a driver.

It is clear that the breach of a statutory provision is not conclusive of liability. Yet the existence of the section does provide further support for finding that a duty of care rests on the driver to take all reasonable steps to see that seat belts are worn by children. The statute reflects the public importance placed on safety measures and a societal concern for promoting the safety of children. It is, as well, a public recognition that children often require the help and supervision of adults, particularly in ensuring that when they are passengers in a vehicle, they are made reasonably safe.

Is the Driver's Duty of Care Negated by the Presence of a Parent?

The duty of a driver to ensure that young passengers wear their seat belts is well established. It then must be asked whether the presence of a parent in the car negates this duty of care owed by the driver. The trial judge and the Court of Appeal took the position that the presence of the parent in the car removed or terminated the duty of care owed by the driver. In support of that position, the respondent relies on the decisions of this Court in *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287, at p. 311, and of the New Zealand Court of Appeal in *McCallion v. Dodd*, [1966] N.Z.L.R. 710, at p. 721. In my view, these decisions simply indicate that there may be a joint responsibility or duty of care resting

de droit générales en matière de négligence. Je crois toutefois qu'on peut voir dans la loi en cause une indication publique que constitue une conduite déraisonnable l'omission par le conducteur de s'assurer que les enfants bouclent leur ceinture de sécurité. On peut voir également dans la loi une indication que pareille omission de la part du conducteur témoigne d'un comportement qui tombe en deçà de la norme exigée par la collectivité et qui est en conséquence négligent. En l'espèce, le texte législatif n'est qu'un élément de plus que la Cour doit prendre en considération pour déterminer si, en ne s'assurant pas que les enfants bouclent leur ceinture de sécurité, le conducteur fait preuve de négligence.

Il est évident que la violation d'une disposition législative n'est pas concluante quant à la responsabilité. Cependant, l'existence du paragraphe en question vient étayer davantage la conclusion que le conducteur a une obligation de diligence, à savoir celle de prendre toutes les mesures raisonnables pour que les enfants portent la ceinture de sécurité. La loi traduit l'importance qu'attache le public aux mesures de sécurité ainsi que la préoccupation qu'a la société de favoriser la sécurité des enfants. La loi constitue en outre une reconnaissance publique que les enfants ont souvent besoin de l'aide et de la surveillance d'adultes, surtout pour leur assurer une sécurité raisonnable quand ils sont passagers dans un véhicule.

La présence du père ou de la mère écarte-t-elle l'obligation de diligence du conducteur?

L'obligation du conducteur de veiller à ce que les jeunes passagers portent la ceinture de sécurité est bien établie. Il faut donc se demander si la présence d'un des parents dans l'automobile vient écarter cette obligation. Le juge de première instance et la Cour d'appel ont conclu que la présence d'un des parents déchargeait le conducteur de son obligation. À l'appui de ce point de vue, l'intimé invoque notre arrêt *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287, à la p. 311, ainsi que l'arrêt rendu par la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande dans *McCallion c. Dodd*, [1966] N.Z.L.R. 710, à la p. 721. À mon avis, ces arrêts indiquent simplement qu'il peut y avoir une responsabilité ou une obligation de dili-

upon both a parent and a third party. The presence of a parent in the car may mean that the responsibility is shared but it cannot negate the duty owed by the driver to the passenger under the age of 16.

The driver of a car owes a duty of care to a child who is a passenger. For example, the driver must obey the rules of the road and drive carefully whether a parent is present or not. That duty of care is owed and continues to be owed by a driver to all child passengers, irrespective of their parents' presence. The relationship between driver and passenger is such that the driver's negligent actions or negligent failure to act can lead to injuries to the passengers. Further, it is well established and clearly foreseeable that harm may well result from the failure to wear a seat belt just as much as it may result from negligent driving.

Again, as I have said, the driver of a car is in a position of control. The driver's control remains even in the presence of a child passenger's parent. The responsibility of the driver to take reasonable steps to provide for the safety of passengers flows, in part, from this control and it includes not only a duty to drive carefully but also to take reasonable steps to ensure that seat belts are worn by young passengers who may not be able to ensure their own safety.

In my view, there is a duty of care resting upon a driver of a motor vehicle to ensure that the seat belts of young passengers are in place. That duty exists whether or not a parent of the child is in the car. The presence of the parent does no more than indicate that the duty of care or responsibility towards the child may be shared by both the parent and the driver.

It is true that the conclusion I have reached is one of public policy which imposes a positive duty. That in itself is not novel. The need to impose a positive duty on a party was recognized

gence qui incombe au père ou à la mère et à une tierce personne conjointement. En effet, la présence d'un des parents dans l'automobile peut signifier que la responsabilité est partagée, mais elle n'écarte pas pour autant l'obligation du conducteur envers le passager de moins de 16 ans.

Le conducteur d'une automobile a une obligation de diligence envers l'enfant qui est passager. Par exemple, il doit obéir au code de la route et conduire prudemment, qu'un des parents soit présent ou non. Il a, et continue d'avoir, une obligation de diligence envers tout enfant passager, indépendamment de la présence des parents de celui-ci. La relation entre le conducteur et le passager est telle que la négligence du conducteur, qu'elle se traduise par des actes ou par des omissions, peut entraîner des blessures pour les passagers. De plus, il est bien établi et clairement prévisible qu'un préjudice peut résulter de l'omission de porter la ceinture de sécurité, de la même façon qu'il peut être occasionné par la négligence au volant.

Je le répète, le conducteur d'une automobile est investie d'une autorité, qu'il conserve même en présence du père ou de la mère d'un passager enfant. La responsabilité du conducteur de prendre des mesures raisonnables pour assurer la sécurité des passagers découle, en partie, de son autorité et elle comprend non seulement l'obligation de conduire prudemment mais aussi celle de voir à ce que les jeunes passagers, qui ne peuvent peut-être pas veiller à leur propre sécurité, portent la ceinture de sécurité.

À mon avis, le conducteur d'un véhicule automobile a l'obligation de s'assurer que la ceinture de sécurité des jeunes passagers est attachée. Cette obligation de diligence existe peu importe si un des parents de l'enfant se trouve dans l'automobile. La présence d'un des parents n'a pas d'autre effet que d'indiquer que l'obligation de diligence ou la responsabilité envers l'enfant peut être partagée par le parent et le conducteur.

Bien sûr, la conclusion à laquelle j'arrive est fondée sur l'ordre public et impose une obligation positive. Il n'y a là rien de nouveau. La nécessité d'imposer à une partie une obligation positive a été

by this Court in *Jordan House Ltd. v. Menow*, [1974] S.C.R. 239, and in *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 1186. This decision is no more than an attempt to provide reasonable care for the safety of children.

There will undoubtedly be those who will decry the decision on the ground that it may lead to an increase in vehicle insurance premiums. The cold fiscal response to that criticism is to observe that this same decision will result in a far greater saving in health care premiums by reducing the cost of health care required for seriously injured children who are victims of injuries which result from the failure to wear a seat belt. Yet far more important than any financial benefits which may flow from the decision is the fostering of the safety of children. In this case, if seat belts had been worn, there can be no doubt that the appellant could have led a fulfilling and useful life. If the fixing of responsibility on a driver to ensure that young passengers wear seat belts saves one child from death or devastating injury then all society will have benefited.

The trial judge and the Court of Appeal were in error in failing to recognize that the duty of care owed by the driver of the motor vehicle to young passengers continued to exist despite the presence of a parent in the vehicle. That is an error of law that can and should be corrected by an appellate court.

Standard of Care or the Extent of the Duty Owed by the Driver

The definition of the standard of care is a mixed question of law and fact. It will usually be for the trial judge to determine, in light of the circumstances of the case, what would constitute reasonable conduct on the part of the legendary reasonable man placed in the same circumstances. In some situations a simple reminder may suffice while in others, for example when a very young child is the passenger, the driver may have to put the seat belt on the child himself. In this case, however, the

reconnue par notre Cour dans les arrêts *Jordan House Ltd. c. Menow*, [1974] R.C.S. 239, et *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 1186. En l'espèce, nous ne visons rien d'autre que de faire en sorte que la sécurité des enfants soit raisonnablement assurée.

D'aucuns reprocheront sans doute à notre arrêt qu'il risque de faire monter les primes d'assurance-automobile. Ce à quoi nous répondons tout bonnement que cette augmentation sera grandement compensée par les économies réalisées sur les primes d'assurance-maladie en raison de la réduction du coût des soins médicaux prodigués aux enfants gravement blessés par suite de l'omission de porter la ceinture de sécurité. Bien plus important toutefois que l'avantage financier pouvant en découler, est le fait que notre arrêt favorise la sécurité des enfants. En l'espèce, il ne fait aucun doute que, s'il avait porté la ceinture de sécurité, l'appelant aurait pu s'épanouir et mener une vie utile. Si le fait d'imposer au conducteur la responsabilité de s'assurer que les jeunes passagers portent la ceinture de sécurité permet d'éviter à ne fût-ce qu'un seul enfant de subir la mort ou des blessures catastrophiques, alors la société en général en aura bénéficié.

C'est à tort que le juge de première instance et la Cour d'appel n'ont pas reconnu que l'obligation de diligence envers les jeunes passagers continue d'incomber au conducteur malgré la présence d'un des parents dans le véhicule. Il s'agit là d'une erreur de droit que peut, et doit, corriger un tribunal d'appel.

La norme de diligence ou l'étendue de l'obligation du conducteur

La définition de la norme de diligence est une question mixte de droit et de fait. Il incombera habituellement au juge du procès de déterminer, compte tenu des circonstances de l'espèce, ce qui constituerait une conduite raisonnable de la part de la personne raisonnable légendaire placée dans la même situation. Dans certains cas, un simple rappel suffira, tandis que dans d'autres, par exemple lorsqu'un très jeune enfant est passager, le conducteur peut avoir à attacher lui-même la ceinture de

driver took no steps whatsoever to ensure that the child passenger wore a seat belt. It follows that the trial judge's decision on the issue amounted to a finding that there was no duty at all resting upon the driver. This was an error of law.

The extent of the duty owed by the driver of a vehicle to a child passenger when a parent is present will undoubtedly vary with the circumstances. Although the duty will always exist, the extent of it will vary infinitely. For example, a 17 year old driving a car with an eight year old and his father, who is an old friend of the family, may well owe a much smaller duty of care to the child than the father. On the other hand, the driver of a motor vehicle who is driving home a mother who is an employee and her child may have a significantly higher degree of responsibility for the child. The difference in degree of responsibility will vary widely, depending on the circumstances of each case. That degree of responsibility will have to be determined in this case.

Disposition

In the result, the appeal is allowed. The question of the degree of contributing negligence of Stauffer should be remitted to the trial judge for determination at the same time as the determination is made as to whether there was any negligence on the part of the infant Karl Thomas Galaske or the late Peter Helmut Galaske or both. The appellant should have his costs in this Court and throughout.

The reasons of Sopinka and Major JJ. were delivered by

MAJOR J. (dissenting) — I have read the reasons of my colleague Justice Cory and respectfully disagree with his conclusion. I agree that a duty of care was owed by the respondent Erich Stauffer to the appellant Karl Galaske, but have concluded that the courts below found such a duty and determined as a finding of fact that the standard of care imposed by that duty had been met. In fact, the

sécurité de l'enfant. Cependant, en l'espèce, le conducteur n'a pris aucune mesure pour veiller à ce que l'enfant porte sa ceinture de sécurité. Il s'ensuit que la décision du juge du procès sur la question équivalait à une conclusion qu'aucune obligation n'incombait au conducteur, ce qui constituait une erreur de droit.

L'étendue de l'obligation du conducteur d'un véhicule envers un enfant passager lorsqu'un des parents est présent variera sans doute selon les circonstances. Même si l'obligation existera toujours, son étendue connaîtra d'infinies variations. Par exemple, il se peut qu'une personne âgée de 17 ans qui conduit une automobile dans laquelle prennent place un enfant de huit ans et son père, ce dernier étant un ami de longue date de la famille, ait envers l'enfant une obligation de diligence beaucoup moins grande que celle incombant au père. Par ailleurs, la conductrice qui conduit chez eux une employée et l'enfant de celle-ci se verra peut-être imputer à l'égard de l'enfant une responsabilité sensiblement plus grande. Le degré de responsabilité variera énormément en fonction des circonstances de chaque affaire et c'est ce degré qui devra être déterminé en l'espèce.

Dispositif

En définitive, le pourvoi est accueilli. La question de la proportion de négligence contributive de Stauffer doit être soumise au juge de première instance pour qu'il la tranche en même temps que la question de savoir s'il y a eu négligence de la part du mineur Karl Thomas Galaske ou de feu Peter Helmut Galaske ou des deux. L'appelant a droit à ses dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs des juges Sopinka et Major rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) — J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Cory et, en toute déférence, je ne souscris pas à sa conclusion. Je conviens que l'intimé Erich Stauffer avait une obligation de diligence envers l'appelant Karl Galaske mais, selon moi, les juridictions inférieures ont conclu à l'existence d'une telle obligation et ont déterminé, comme conclusion de fait,

respondent Stauffer conceded that he owed a duty of care to the appellant Galaske, and, in my opinion, the trial judge and Court of Appeal reached the same conclusion.

The pivotal point to this appeal, then, is whether the trial judge properly identified the duty of care as a separate issue from the standard of care. Both the trial judge and Court of Appeal recognized the distinction between the duty of care as a question of law and the standard of care as a finding of fact.

The trial judge, following his finding of a duty of care, properly instructed himself on the standard of care and after reviewing the evidence, concluded, as a finding of fact, that the respondent's actions were not negligent. He stated:

> The remaining question for determination is whether the [respondent] Stauffer is guilty of negligence which contributed to the cause of the damages suffered by the infant [appellant].
>
> In my view, if there is liability on the part of the [respondent] Stauffer for the loss and damages suffered by the infant [appellant], such liability must be based upon his failure to ensure that the infant [appellant] was wearing the lap-type seatbelt with which the vehicle was provided before driving his vehicle and categorizing such failure as negligence contributing to the cause of such loss and damages.

and later:

> In my view in the particular circumstances of this case, it was not unreasonable for the [respondent], Stauffer to expect that the infant [appellant's] father was the person to exercise control over the conduct of his son. I consider the obligations of the [respondent] Stauffer and the infant [appellant's] father on this occasion were accurately reflected by the words of the [respondent] Stauffer when he said he did not want to take the fatherhood away from Peter, referring to the [appellant's father]. On these facts, I find there was no duty of care owed by the [respondent] Stauffer to the infant [appellant] with respect to the use of the seatbelt and it cannot

que la norme de diligence imposée par cette obligation avait été respectée. De fait, l'intimé Stauffer a reconnu qu'il avait une obligation de diligence envers l'appelant Galaske et, à mon avis, le juge de première instance et la Cour d'appel sont arrivés à la même conclusion.

Dans le présent pourvoi, il s'agit donc essentiellement de savoir si le juge de première instance a bien fait la distinction entre l'obligation de diligence et la norme de diligence. Le juge de première instance et la Cour d'appel ont tous deux reconnu l'existence d'une distinction entre l'obligation de diligence en tant que question de droit et la norme de diligence en tant que conclusion de fait.

Après avoir conclu à l'existence d'une obligation de diligence, le juge de première instance a bien traité de la norme de diligence et, après examen de la preuve, il a conclu que, dans les faits, les actes accomplis par l'intimé ne constituaient pas de la négligence. Il a déclaré:

> [TRADUCTION] Il reste à trancher la question de savoir si [l'intimé] Stauffer a commis une négligence qui a contribué au préjudice subi par [l'appelant] mineur.
>
> À mon avis, s'il y a responsabilité de la part [de l'intimé] Stauffer en ce qui concerne la perte et le préjudice subis par [l'appelant] mineur, une telle responsabilité doit se fonder sur son omission de s'assurer, avant de démarrer, que [l'appelant] mineur portait la ceinture de sécurité à sangle abdominale dont était muni le véhicule, avant que l'on puisse qualifiée cette omission de négligence ayant contribué à la perte et au préjudice.

et, plus loin:

> [TRADUCTION] À mon avis, dans les circonstances particulières de la présente affaire, il n'était pas déraisonnable que [l'intimé] Stauffer s'attende à ce que ce soit le père [de l'appelant] mineur qui dicte la conduite de son fils. Je considère que les obligations [de l'intimé] Stauffer et du père [de l'appelant] mineur à cette occasion se reflétaient bien dans les paroles [de l'intimé] Stauffer lorsqu'il disait ne pas vouloir empiéter sur les responsabilités paternelles de Peter, à savoir le [père de l'appelant]. Compte tenu de ces faits, je conclus que [l'intimé] Stauffer n'avait aucune obligation de diligence envers [l'appelant] mineur en ce qui concerne le port de la

be said, therefore, that the [respondent] Stauffer was guilty of contributory negligence.

It is clear that the trial judge found that a duty of care existed and that it had been met for the reasons given by him. That he found a duty of care is obvious from the findings of fact that he relied on in concluding that the duty had been discharged.

I recognize that the trial judge in the concluding sentence of the last quoted paragraph stated: "On these facts, I find there was no duty of care owed by the [respondent] Stauffer to the infant [appellant]". While this would, at first blush, suggest that he had concluded there was no duty of care, it is apparent in the context of the whole of his oral reasons that this statement was intended to refer to the standard, and not to the duty, of care. To attach another meaning to it is inconsistent with the tenor of his reasons. It is an example of the ease by which one element of an action in negligence (duty) can without care be interchanged with language borrowed from another element (standard of care).

It was necessary for the trial judge to consider the issue of negligence only if he determined as he did that the respondent owed a duty of care. As Lord Esher M.R. stated in *Le Lievre v. Gould*, [1893] 1 Q.B. 491, at p. 497, "[a] man is entitled to be as negligent as he pleases towards the whole world if he owes no duty to them".

The Court of Appeal, in confirming the trial judge's decision, also referred to the duty of care while meaning the standard. I think the ambiguity in the meaning of that phrase is clarified by its content. There was too much time spent by both of the courts below on the standard of care to con-

ceinture de sécurité et qu'on ne peut donc pas dire que [l'intimé] Stauffer a commis une négligence contributive.

Il est clair que le juge de première instance a conclu, pour les raisons qu'il a données, qu'il existait une obligation de diligence et qu'elle avait été respectée. Qu'il ait conclu à l'existence d'une obligation de diligence ressort manifestement des conclusions de fait sur lesquelles il s'est appuyé pour arriver à la conclusion que l'obligation avait été remplie.

Je reconnais que, dans la phrase finale du dernier paragraphe cité, le juge de première instance a déclaré: [TRADUCTION] «Compte tenu de ces faits, je conclus que [l'intimé] Stauffer n'avait aucune obligation de diligence envers [l'appelant] mineur». Bien que, de prime abord, cela semble indiquer qu'il avait conclu qu'il n'existait aucune obligation de diligence, il est manifeste dans le contexte général des motifs exprimés à l'audience que le juge de première instance voulait parler de la norme, et non pas de l'obligation, de diligence. Y attribuer un autre sens viendrait en contradiction avec la teneur de ses motifs de jugement. Cela illustre bien combien il est facile de remplacer, sans y prendre garde, un élément d'une action fondée sur la négligence (l'obligation) par un mot emprunté à un autre élément (la norme de diligence).

Le juge du procès ne devait examiner la question de la négligence que s'il déterminait, comme il l'a fait, que l'intimé avait une obligation de diligence. Comme l'a dit le maître des rôles Lord Esher dans *Le Lievre c. Gould*, [1893] 1 Q.B. 491, à la p. 497, [TRADUCTION] «[u]n homme a le droit d'être aussi négligent qu'il lui plaît envers les autres s'il n'a aucune obligation à leur égard».

Lorsque la Cour d'appel a confirmé la décision du juge de première instance, elle a également fait allusion à l'obligation de diligence tout en voulant parler de la norme. Je pense que la teneur même de l'expression vient en clarifier le sens ambigu. Les deux juridictions inférieures ont consacré beaucoup trop de temps à la norme de diligence pour que l'on puisse en déduire qu'elles avaient omis de

clude they had neglected to find that a duty of care existed. It is at most loose terminology.

The standard of care involves questions of law and fact. Professor Fleming in *The Law of Torts* (8th ed. 1992), at p. 106 states:

> It is for the court to determine the existence of a duty relationship and to lay down in general terms the standard of care by which to measure the defendant's conduct; it is for the jury to translate the general into a particular standard suitable for the case in hand and to decide whether that standard has been attained.

This Court has affirmed that division of labour: *Canadian National Railway Co. v. Vincent*, [1979] 1 S.C.R. 364.

The judge, as a matter of law, must determine, in general terms, the obligation imposed upon the defendant. The standard imposed by the common law is that of the reasonable person in like circumstances. Having established the standard of care in general terms, it is then a finding of fact to determine, in the context of a particular case, the obligation imposed on the defendant, and to determine whether or not that obligation was met. See *DesBrisay v. Canadian Government Merchant Marine Ltd.*, [1941] S.C.R. 230, at p. 236.

The formulation and application of the standard of care may be influenced by the presence of a statutory obligation as existed in this case. In *The Queen in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205, the relevance of a statutory duty to an action in negligence was considered. Dickson J. (as he then was) summarized the law (at pp. 227-28) as follows:

> 1. Civil consequences of breach of statute should be subsumed in the law of negligence.
>
> 2. The notion of a nominate tort of statutory breach giving a right to recovery merely on proof of breach and

conclure à l'existence d'une obligation de diligence. C'est tout au plus un manque de rigueur dans l'emploi des mots.

La norme de diligence met en jeu des questions de droit et de fait. Le professeur Fleming dit dans son ouvrage intitulé *The Law of Torts* (8e éd. 1992), à la p. 106:

> [TRADUCTION] Il appartient à la cour de décider de l'existence d'une obligation et de définir en termes généraux la norme de diligence qui servira à apprécier la conduite du défendeur; mais c'est au jury qu'il revient de traduire cette définition générale en une définition particulière applicable à l'espèce et de décider si le défendeur a satisfait à cette norme.

Notre Cour a confirmé ce partage des tâches dans *Compagnie des Chemins de fer nationaux du Canada c. Vincent*, [1979] 1 R.C.S. 364.

Sur le plan du droit, le juge doit définir, en termes généraux, l'obligation qui incombait au défendeur. La norme qu'impose la common law est celle de la personne raisonnable agissant en pareilles circonstances. Une fois la norme de diligence établie en termes généraux, c'est alors une question de fait que de déterminer, dans le contexte d'une affaire particulière, l'obligation qui incombait au défendeur et si cette obligation a été respectée. Voir *DesBrisay c. Canadian Government Merchant Marine Ltd.*, [1941] R.C.S. 230, à la p. 236.

L'existence d'une obligation formulée dans un texte de loi comme en l'espèce peut influer sur l'énoncé et l'application de la norme de diligence. Dans *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205, notre Cour a examiné la pertinence d'une obligation formulée dans un texte de loi dans une action fondée sur la négligence. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a résumé ainsi l'état du droit (aux pp. 227 et 228):

> 1. Les conséquences civiles de la violation d'une loi doivent être subsumées sous le droit de la responsabilité pour négligence.
>
> 2. La notion d'un délit civil spécial de violation d'une obligation légale qui donnerait droit à des dommages-

damages should be rejected, as should the view that unexcused breach constitutes negligence *per se* giving rise to absolute liability.

3. Proof of statutory breach, causative of damages, may be evidence of negligence.

4. The statutory formulation of the duty may afford a specific, and useful, standard of reasonable conduct.

It has long been accepted that appellate courts must not interfere with findings of fact, whether by judge or jury, if there was evidence capable of supporting the decision (*Canadian National Railway Co. v. Vincent, supra*), or unless there has been a palpable and overriding error. See, e.g., *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, at pp. 806-8; *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353, at pp. 388-89.

The question arises whether appellate courts should exhibit the same degree of deference to findings of fact by a judge alone as they would to findings by a jury. In England, Australia and New Zealand, an appellate court, while accepting a trial judge's general findings of fact, may nevertheless decide for itself whether or not the defendant was negligent. See Fleming, *supra*, at p. 310. See also *Benmax v. Austin Motor Co.*, [1955] A.C. 370 (H.L.); *Warren v. Coombes* (1979), 142 C.L.R. 531 (H.C.), and S. Todd, ed., *The Law of Torts in New Zealand* (1991), at p. 280.

This Court has been more protective of the role of the trial judge. In *Lewis v. Todd*, [1980] 2 S.C.R. 694, at p. 701, Dickson J. held that the decision of a trial judge should not be disturbed if he did not wrongly apply the standard of care, misapprehend the evidence, or commit a palpable and overriding error.

As already mentioned, the trial judge found that the respondent Erich Stauffer owed a duty of care to the appellant Karl Galaske but the trial judge

intérêts sur simple preuve d'une violation et d'un préjudice, doit être rejetée, comme doit l'être également le point de vue selon lequel une violation sans excuse valable constitue de la négligence en soi et emporte responsabilité absolue.

3. La preuve de la violation d'une loi, qui cause un préjudice, peut être une preuve de négligence.

4. L'obligation formulée dans un texte de loi peut constituer une norme, à la fois précise et utile, de conduite raisonnable.

Il est admis depuis longtemps que les cours d'appel ne doivent pas modifier les conclusions de fait d'un juge ou d'un jury s'il y avait des éléments de preuve pouvant étayer la décision (*Compagnie des Chemins de fer nationaux du Canada c. Vincent*, précité), ou à moins qu'il y ait eu une erreur manifeste et dominante. Voir, par exemple, *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, aux pp. 806 à 808; *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353, aux pp. 388 et 389.

Il s'agit de savoir si les cours d'appel doivent montrer le même degré de retenue à l'égard des conclusions de fait d'un juge seul que de celles d'un jury. En Angleterre, en Australie et en Nouvelle-Zélande, une cour d'appel peut, tout en acceptant les conclusions générales de fait d'un juge de première instance, décider par elle-même si le défendeur a été négligent. Voir Fleming, *op. cit.*, à la p. 310. Voir également *Benmax c. Austin Motor Co.*, [1955] A.C. 370 (H.L.); *Warren c. Coombes* (1979), 142 C.L.R. 531 (H.C.), et S. Todd, dir., *The Law of Torts in New Zealand* (1991), à la p. 280.

Notre Cour a protégé davantage le rôle du juge de première instance. Dans l'arrêt *Lewis c. Todd*, [1980] 2 R.C.S. 694, à la p. 701, le juge Dickson a affirmé qu'il n'y a pas lieu de modifier la décision d'un juge de première instance si celui-ci ne s'est pas trompé dans l'application de la norme de diligence, n'a pas mal interprété la preuve ou n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante.

Comme je l'ai mentionné, le juge de première instance a conclu que l'intimé Erich Stauffer avait une obligation de diligence envers l'appelant Karl

also found that the respondent was not in breach of the standard of care, and therefore not negligent.

The trial judge thoroughly reviewed the evidence. He noted that the accident occurred in 1985, when s. 217(6) of the British Columbia *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, c. 288, prohibited a person from driving a motor vehicle unless child passengers wore seat belts. He also observed that the appellant's father, Peter Galaske, was seated next to his son in the cab of the respondent's truck, and he accepted the respondent's explanation as to why he refrained from instructing the appellant to wear his seat belt.

The trial judge considered the decision in *Migliore v. Gerard* (1987), 42 D.L.R. (4th) 619 (H.C.), in which O'Brien J. found that a father, who had violated a statutory requirement to ensure that his children wore seat belts, was not negligently responsible for injuries sustained by his children during an accident. In that case the decision was based in part on the fact that the use of seat belts was less prevalent at the time of the accident in 1981 than at the time of trial in 1987. In affirming the decision of the trial judge in the present case, Locke J.A., of the British Columbia Court of Appeal, expressed a similar view ((1992), 67 B.C.L.R. (2d) 190, at p. 196):

All allegations of negligence must be evaluated in their factual matrix. This accident occurred in 1985. In the context of that time, when seat belt legislation was not so much to the fore as today [in 1992], I cannot bring myself to differ from the trial judge. But if the accident had happened today, my answer would have been different.

The trial judge reviewed the decision of this Court in *Saskatchewan Wheat Pool*, *supra*, and concluded that:

Galaske, mais il a également conclu que l'intimé n'avait pas violé la norme de diligence et n'avait donc pas commis de négligence.

Le juge de première instance a examiné la preuve en profondeur. Il a noté que l'accident est survenu en 1985, au moment où le par. 217(6) de la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 288, de la Colombie-Britannique interdisait à quiconque de conduire un véhicule automobile si les passagers mineurs ne portaient pas de ceinture de sécurité. Il a également fait observer que le père de l'appelant, Peter Galaske, était assis à côté de son fils dans la cabine du camion de l'intimé et il a accepté l'explication de ce dernier quant à la raison pour laquelle il s'est abstenu de dire à l'appelant de boucler sa ceinture de sécurité.

Le juge de première instance a examiné la décision rendue dans *Migliore c. Gerard* (1987), 42 D.L.R. (4th) 619 (H.C.), où le juge O'Brien a statué qu'un père, qui avait contrevenu à l'obligation imposée par la loi de veiller à ce que ses enfants portent leur ceinture de sécurité, n'était pas responsable par négligence des blessures subies par ses enfants dans un accident. Dans cette affaire, la décision se fondait en partie sur le fait que le port de la ceinture de sécurité était moins répandu à l'époque de l'accident en 1981 qu'à celle du procès en 1987. Pour confirmer la décision du juge de première instance en l'espèce, le juge Locke, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, a exprimé une opinion analogue ((1992), 67 B.C.L.R. (2d) 190, à la p. 196):

[TRADUCTION] Toutes les allégations de négligence doivent être évaluées en fonction du contexte factuel. L'accident est survenu en 1985. Dans le contexte de cette époque, alors que la loi sur le port de la ceinture de sécurité n'était pas aussi notoire qu'aujourd'hui [en 1992], je ne puis qu'être d'accord avec le juge de première instance. Mais, si l'accident était survenu de nos jours, ma réponse aurait été différente.

Le juge de première instance a examiné l'arrêt de notre Cour *Saskatchewan Wheat Pool*, précité, et a conclu que:

1. A breach of the provisions of s. 217(6) does not, in itself, give a right of recovery merely on proof of breach.
2. The statutory formulation of the duty does not, in the circumstances of this matter, afford a specific standard of reasonable conduct.
3. Liability of the defendant driver should be determined by consideration of the particular circumstances — "the factors" — and the standard of care expected of the driver in such circumstances.

An appellate court need not agree or disagree with the conclusion reached by the trial judge on the question of whether or not the respondent was negligently responsible for the injuries suffered by the appellant. The trial judge reached his conclusion after a careful review of the law and evidence. As there is nothing in the record to suggest that he committed a palpable and overriding error, his decision is not subject to reversal on appeal.

Accordingly, I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. — Two different interpretations of the trial judge's reasons are urged upon us. The first holds that the trial judge found no duty relationship between the defendant driver and the child passenger. The second holds that the trial judge found a duty relationship, but found that the standard of care imposed by the reasonable person test was met on the facts.

The results vary, depending on which of these two versions one accepts. If the reasons are read as holding that there was no duty relationship, I would find them to be in error. It seems to me that the driver of a vehicle is almost always in a relationship of duty toward passengers. That relationship is not altered by the fact that another person — in this case a parent — may also be responsible for a passenger. On the other hand, if the reasons

[TRADUCTION]

1. La violation des dispositions du par. 217(6) ne donne pas droit en soi à des dommages-intérêts sur simple preuve d'une violation.
2. L'obligation formulée dans un texte de loi ne constitue pas, dans les circonstances de l'espèce, une norme spécifique de conduite raisonnable.
3. La responsabilité du conducteur défendeur devrait être déterminée en fonction des circonstances particulières — «les facteurs» — et de la norme de diligence à laquelle on s'attendrait de la part du conducteur dans de telles circonstances.

Une cour d'appel n'a pas à être d'accord ou en désaccord avec la conclusion du juge de première instance sur la question de savoir si l'intimé était responsable ou non par négligence des blessures subies par l'appelant. Le juge de première instance est arrivé à sa conclusion après un examen approfondi du droit et de la preuve. Comme rien dans le dossier ne laisse supposer qu'il ait commis une erreur manifeste et dominante, sa décision n'est pas susceptible d'être infirmée en appel.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — Nous nous trouvons en présence de deux interprétations différentes des motifs du juge de première instance. Selon la première, le juge de première instance a conclu que le conducteur intimé n'avait pas d'obligation envers le passager mineur. Selon la seconde, il a conclu à l'existence d'une obligation, mais il a statué que, d'après les faits, la norme de diligence imposée par le critère de la personne raisonnable a été respectée.

L'issue diffère selon la version retenue. Si l'on considère que les motifs concluent à l'absence d'obligation, j'estimerais qu'ils sont erronés. Il me semble que le conducteur d'un véhicule a presque toujours une obligation envers ses passagers. Ce lien de droit n'est pas modifié du fait qu'une autre personne — en l'espèce l'un des parents — peut également être responsable d'un passager. Par ailleurs, si l'on considère que les motifs concluent à

are read as holding that a duty existed, but that the requisite standard of care was satisfied, I would not interfere. As Justice Major states, the question of the appropriate standard of care is fact-driven, and appellate courts generally will not interfere with the trial judge's conclusion unless the record does not support it.

I agree with Major J.'s statement of legal principle. Were I able to conclude with him that the trial judge found a duty of care and went on to find that the appropriate standard was met, I would dismiss the appeal. However, I cannot. It seems to me that the trial judge's express words — "I find there was no duty of care" — dispose of the matter. This is confirmed to my mind by the absence following the finding of no duty of the sort of analysis of all the facts and circumstances which is typical of determination of the standard of care. Having determined the case on the basis of the absence of a duty relationship, the trial judge did not find it necessary to go on to analyze whether the defendant adhered to the standard of the reasonable person in all the circumstances, nor consider the question of contributory negligence. Whatever the trial judge may have said about standard of care earlier in his reasons, the case seems to have been decided on the basis of the absence of a duty of care. On the view I take of the case, the matter must be remitted to the trial court for consideration of these issues.

I add this. The standard of care is for the trial judge to determine on the evidence. It may vary from case to case. It follows that it would be wrong to state as a categorical proposition that a driver's failure to require a child to wear a seat belt must always violate the standard required by the community, with the result that such a driver would always be negligent. While, in general, insistence that passengers wear seat belts is a reasonable measure, circumstances may arise where a trial judge might conclude otherwise. The availability of seat belts and the age of the child are fac-

l'existence d'une obligation, mais que la norme de diligence requise a été respectée, je n'interviendrais pas. Comme le dit le juge Major, la question de la norme de diligence appropriée est fonction des faits et, en général, les cours d'appel ne modifieront pas la conclusion du juge de première instance, sauf si le dossier ne vient pas l'étayer.

Je suis d'accord avec le juge Major quant au principe juridique qu'il énonce. Si je pouvais convenir avec lui que le juge de première instance a constaté l'existence d'une obligation de diligence et a ensuite conclu que la norme appropriée a été respectée, je rejetterais le pourvoi. Toutefois, je ne le puis. Il me semble que les termes exprès employés par le juge de première instance, [TRADUCTION] «je conclus que [. . .] n'avait aucune obligation de diligence», tranchent la question. Cela se trouve confirmé dans mon esprit par l'absence, à la suite de la conclusion qu'il n'y avait aucune obligation, du genre d'analyse des faits et circonstances qui est typique de l'examen de la norme de diligence. Après avoir tranché l'affaire en se fondant sur l'absence d'obligation, le juge de première instance n'a pas estimé nécessaire d'analyser ensuite si le défendeur s'est conformé à la norme de la personne raisonnable dans toutes les circonstances ni d'examiner la question de la négligence contributive. Quoi que puisse avoir dit le juge du procès au sujet de la norme de diligence plus tôt dans ses motifs, l'affaire semble avoir été tranchée sur le fondement de l'absence d'obligation de diligence. Suivant l'opinion que je me fais de l'affaire, il faut renvoyer le tout en première instance pour examen de ces questions.

J'ajouterai ce qui suit. C'est au juge de première instance qu'il incombe de se prononcer sur la norme de diligence compte tenu de la preuve. Cela peut varier selon les cas. Il s'ensuit qu'il serait faux de déclarer catégoriquement que l'omission par le conducteur d'exiger qu'un enfant porte la ceinture de sécurité violera toujours la norme requise par la société, de sorte qu'un tel conducteur serait toujours négligent. Bien qu'en général il soit raisonnable d'insister pour que les passagers portent la ceinture de sécurité, il peut se présenter des cas où le juge de première instance pourrait

tors which judges in other cases have considered, to name only two. Similarly the presence of a parent who has care and control of the child may figure in the determination of what was reasonable in all the circumstances of the case.

I would allow the appeal and remit the matter to the trial court for determination of whether the defendant's conduct fell below that required of a reasonable person in all the circumstances of the case, as well as the issue of contributory negligence.

Appeal allowed with costs, SOPINKA *and* MAJOR JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Giusti, Barrett & Ellan, Vancouver.

Solicitors for the respondents Erich Stauffer and Florence Horvath: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the respondents Columcille O'Donnell and Bourgoin Contracting Ltd.: Heather Sadler Jenkins, Prince George, B.C.

Solicitors for the respondent Mala Galaske: Messner & Foster, 100 Mile House, B.C.

arriver à une autre conclusion. La présence de ceintures de sécurité et l'âge de l'enfant sont des facteurs, pour n'en nommer que deux, que les juges ont pris en considération dans d'autres cas. De la même façon, la présence de l'un des parents qui a la garde de l'enfant peut influer sur la détermination de ce qui était raisonnable dans toutes les circonstances de l'affaire.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire au tribunal de première instance pour qu'il détermine si le comportement du défendeur a été en deçà de ce qui est exigé d'une personne raisonnable dans toutes les circonstances de l'affaire et qu'il se prononce sur la question de la négligence contributive.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges SOPINKA *et* MAJOR *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelant: Giusti, Barrett & Ellan, Vancouver.

Procureurs des intimés Erich Stauffer et Florence Horvath: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Procureurs des intimées Columcille O'Donnell et Bourgoin Contracting Ltd.: Heather Sadler Jenkins, Prince George (C.-B).

Procureurs de l'intimée Mala Galaske: Messner & Foster, 100 Mile House (C.-B.).

MAIL POSTE
Canada Post Corporation / Société canadienne des postes
Postage paid Port payé
Lettermail Poste-lettre
8801320
OTTAWA

If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9

Available from Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente : Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 5, 1994 Vol. 1

and Tables

Cited as [1994] 1 S.C.R. { i-xliv, 701-895

5e cahier, 1994 Vol. 1

et Tables

Renvoi [1994] 1 R.C.S. { i-xliv, 701-895

Published pursuant to the Supreme Court Act by

ANNE ROLAND, LL.L.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

Editors
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Canadian Government Publishing Centre, Canada Communication Group, Ottawa, Canada, K1A 0S9, together with the old address.

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1994.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND, LL.L.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

Arrêtistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Groupe communication Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1994.

CONTENTS

Title Page i
List of Judges ii
Errata iv
Motions v
Table of Judgments xiii
Table of Cases Cited xxi
Statutes and Regulations Cited xxxv
Authors Cited xxxix
Index 885

Masters *v.* Masters 883

Family law — Maintenance — No error on part of trial judge and no radical change in circumstances from those contemplated at time of separation agreement — Wife not represented

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre i
Liste des juges iii
Errata iv
Requêtes v
Table des jugements xvii
Table de la jurisprudence xxi
Lois et règlements cités xxxvii
Doctrine citée xxxix
Index 891

Masters *c.* Masters 883

Droit de la famille — Pension alimentaire — Aucune erreur de la part du juge de première instance et aucun changement radical dans la situation prévue au moment de l'entente de sépara-

Suite à la page suivante

at hearing and Court without benefit of factum or submissions from wife.

R. *v.* R. (D.) **881**

Criminal law — Young offenders — Evidence — Statements — Admissibility — First part of statement inadmissible — Second part of statement continuation of first part — Caution preceding second part not "fresh start" — Second part of statement also inadmissible — Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, s. 56.

R. *v.* Finta **701**

Criminal law — War crimes and crimes against humanity — Nature and proof of offences — Allegations arising from detention, robbery and deportation to concentration camps of Jewish persons in Nazi-controlled World War II Europe — Defence of police officer following lawful orders — Trial judge calling own evidence — Whether war crimes and crimes against humanity separate crimes from included Criminal Code offences or whether Code provisions jurisdictional allowing Canadian courts to exercise jurisdiction in situations of war crimes or crimes against humanity over criminal activity occurring abroad — Whether necessary for the jury to decide, beyond a reasonable doubt not only guilt under applicable Criminal Code charges but also whether acts war crimes and/or crimes against humanity — Whether requisite mens rea for each offence requiring the Crown to prove intent to commit criminal offence and knowledge of factual characteristics of war crimes and/or crimes against humanity — Whether "peace officer defence" available and nature of that defence — Whether trial judge's instructions to the jury adequately overcoming prejudice caused by defence counsel's inflammatory and improper jury address — Whether police statement and deposition of deceased person admissible even though within recognized exception to the hearsay rule — Whether trial judge properly calling own evidence — Whether trial judge's instructions to the jury relating to the Crown's identification evidence appropriate — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 6(2), 7(3.71)(a)(i), (ii), (iii), (b), (3.72), (3.74), (3.76), 15, 25(1), (2), (3), (4), 736.

Constitutional law — Charter of Rights — War crimes and crimes against humanity — Nature and proof of offences — Allegations arising from detention, robbery and deportation to concentration camps of Jewish persons in Nazi-controlled World War II Europe — Defence of police officer following lawful orders — Whether infringement of principles of fundamental justice (s. 7), the right to be informed without unreasonable delay of the specific offence (s. 11(a)), the right to trial within a reasonable time (s. 11(b)), the right to be presumed innocent (s. 11(d)), the requirement that an act or omission constitute an offence (s. 11(g)), the prohibition against cruel and usual punishment (s. 12) or the equality guarantees (s. 15) — If so, whether infringement justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(a), (b), (d), (g), 12, 15.

Continued on next page

tion — Épouse non représentée à l'audience et aucun mémoire ou plaidoirie présenté à la Cour en son nom.

R. *c.* R. (D.) **881**

Droit criminel — Jeunes contrevenants — Preuve — Déclarations — Admissibilité — Première partie d'une déclaration inadmissible — Seconde partie de la déclaration étant une continuation de la première partie — Mise en garde faite avant la seconde partie ne constituant pas un «nouveau départ» — Seconde partie de la déclaration également inadmissible — Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 56.

R. *c.* Finta **701**

Droit criminel — Crimes de guerre et crimes contre l'humanité — Nature et preuve des infractions — Allégations découlant de la détention et de la déportation dans des camps de concentration de Juifs, et de vols commis contre eux, dans l'Europe de la Seconde Guerre mondiale dominée par les Nazis — Moyen de défense du policier obéissant à des ordres légaux — Preuve déposée par le juge du procès — Les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité constituent-ils des crimes distincts des infractions incluses du Code criminel ou les dispositions du Code sont-elles attributives de compétence permettant aux tribunaux canadiens d'exercer leur compétence dans les cas de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité survenus à l'étranger? — Le jury doit-il décider, hors de tout doute raisonnable, non seulement la culpabilité relativement aux accusations applicables du Code criminel mais aussi, si les actes constituent des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité ou les deux? — La mens rea requise pour chaque infraction exige-t-elle que le ministère public prouve l'intention de commettre une infraction criminelle et la connaissance des caractéristiques factuelles des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité? — La «défense de l'agent de la paix» peut-elle être invoquée et quelle est la nature de ce moyen de défense? — Les directives du juge du procès au jury ont-elles adéquatement réparé le préjudice causé par l'exposé incorrect et incendiaire de l'avocat de la défense au jury? — La déclaration à la police et la déposition d'une personne décédée sont-elles recevables bien que visées par les exceptions reconnues à la règle du ouï-dire? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur lorsqu'il a présenté sa propre preuve? — Les directives du juge du procès au jury relativement à la preuve d'identification du ministère public étaient-elles appropriées? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 6(2), 7(3.71)(a)(i), (ii), (iii), (b), (3.72), (3.74), (3.76), 15, 25(1), (2), (3), (4), 736.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Crimes de guerre et crimes contre l'humanité — Nature et preuve des infractions — Allégations découlant de la détention et de la déportation dans des camps de concentration de Juifs, et de vols commis contre eux, dans l'Europe de la Seconde Guerre mondiale dominée par les Nazis — Moyen de défense du policier obéissant à des ordres légaux — Y a-t-il eu violation des principes de justice fondamentale (art. 7), du droit d'être informé dans les plus brefs délais de l'infraction précise reprochée (art.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Téléphone Guèvremont Inc. *v.* Quebec (Régie des télécommunications) **878**

Constitutional law — Division of powers — Interprovincial work and undertaking — Telephones — Undertaking's physical equipment and subscribers located within province — Undertaking providing telecommunication services whereby subscribers send and receive interprovincial and international communications — Whether undertaking within federal jurisdiction — Constitution Act, 1867, ss. 91(29), 92(10)(a).

SOMMAIRE (Fin)

11a)), du droit à un procès dans un délai raisonnable (art. 11b)), du droit d'être présumé innocent (art. 11d)), de l'exigence selon laquelle une action ou une omission doit constituer une infraction (art. 11g)), de la protection contre les peines cruelles et inusitées (art. 12) ou des droits à l'égalité (art. 15) — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11a), b), d), g), 12, 15.

Téléphone Guèvremont Inc. *c.* Québec (Régie des télécommunications) **878**

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Ouvrage et entreprise de nature interprovinciale — Téléphone — Installations et abonnés de l'entreprise situés à l'intérieur de la province — Entreprise offrant des services de télécommunications par lequel ses abonnés envoient et reçoivent des communications interprovinciales et internationales — S'agit-il d'une entreprise qui relève de la compétence fédérale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10)a).

1994 Volume 1

Canada Supreme Court Reports

Published pursuant to Statute by

ANNE ROLAND
Registrar of the Court

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
Odile Calder

Law Editors
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Revisors
Richard Berberi
Liliane Baribeau

Manager, Editorial Services
Gisèle Boulay

Technical Revisors
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet
Christine Chartrand, LL.B.

Secretaries
Suzanne Giguère
Ingrid Loyola-Nazareth

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Publié conformément à la Loi par

ANNE ROLAND
Registraire de la Cour

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
Odile Calder

Arrêtistes
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Réviseurs
Richard Berberi
Liliane Baribeau

Gestionnaire, Service de l'édition
Gisèle Boulay

Réviseurs techniques
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet
Christine Chartrand, LL.B.

Secrétaires
Suzanne Giguère
Ingrid Loyola-Nazareth

THE QUEEN'S PRINTER FOR CANADA © L'IMPRIMEUR DE LA REINE POUR LE CANADA
OTTAWA, 1994

JUDGES

OF THE

SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable ANTONIO LAMER, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable GÉRARD V. LA FOREST

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable JOHN SOPINKA

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable PETER DECARTERET CORY

The Honourable BEVERLEY MCLACHLIN

The Honourable FRANK IACOBUCCI

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

JUGES

DE LA

COUR SUPRÊME DU CANADA

Le très honorable ANTONIO LAMER, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable GÉRARD V. LA FOREST

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable JOHN SOPINKA

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable PETER DECARTERET CORY

L'honorable BEVERLEY MCLACHLIN

L'honorable FRANK IACOBUCCI

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

ERRATA

[1994] 1 S.C.R. p. 17, line *g*-2 of the French version. Read "voire même" instead of "voir même".

[1994] 1 S.C.R. p. 346, line *i*-2 of the English version. Delete "the application of certain provisions of a law than when".

[1994] 1 S.C.R. p. 373, line *a*-1 of the English version. Read "favour deductibility" instead of "favour non-deductibility".

[1994] 1 S.C.R. p. 373, line *a*-1 of the French version. Read "en faveur de la déductibilité" instead of "en faveur de la non-déductibilité".

[1994] 1 S.C.R. p. 380, line *h*-3 of the English version. Read "all the recent cases point to deduction" instead of "all the recent cases point to non-deduction".

[1994] 1 S.C.R. p. 380, line *i*-1 of the French version. Read "toutes les décisions récentes indiquent qu'il doit y avoir déduction" instead of "toutes les décisions récentes indiquent qu'il ne doit pas y avoir déduction".

[1994] 1 R.C.S. p. 17, ligne *g*-2 de la version française. Lire «voire même» au lieu de «voir même».

[1994] 1 R.C.S. p. 346, ligne *i*-2 de la version anglaise. Supprimer «the application of certain provisions of a law than when».

[1994] 1 R.C.S. p. 373, ligne *a*-1 de la version anglaise. Lire «favour deductibility» au lieu de «favour non-deductibility».

[1994] 1 R.C.S. p. 373, ligne *a*-1 de la version française. Lire «en faveur de la déductibilité» au lieu de «en faveur de la non-déductibilité».

[1994] 1 R.C.S. p. 380, ligne *h*-3 de la version anglaise. Lire «all the recent cases point to deduction» au lieu de «all the recent cases point to non-deduction».

[1994] 1 R.C.S. p. 380, ligne *i*-1 de la version française. Lire «toutes les décisions récentes indiquent qu'il doit y avoir déduction» au lieu de «toutes les décisions récentes indiquent qu'il ne doit pas y avoir déduction».

MOTIONS — REQUÊTES
(January 1 to April 30, 1994 — 1er janvier au 30 avril 1994)

1229-1605 Québec Inc. c. Marché A.J.T. Inc. (Qué.), 23880, leave to appeal refused with costs, 3.3.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

715341 Ontario Ltd. v. Minister of National Revenue (F.C.A.)(Ont.), 23912, leave to appeal refused with costs, 21.4.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

A.J. v. Government of Manitoba (Man.), 23770, leave to appeal refused, 3.3.94, autorisation de pourvoi refusée.

A.J.L. v. The Queen (Crim.)(Alta.), 23919, leave to appeal refused, 24.3.94, autorisation de pourvoi refusée.

A.K. v. The Queen (Crim.)(Man.), 23808, leave to appeal refused, 28.4.94, autorisation de pourvoi refusée.

Alouette Amusements Canada Inc. c. Sous-ministre du Revenu du Québec (Qué.), 23954, leave to appeal refused, 7.4.94, autorisation de pourvoi refusée.

Arndt v. Arndt (Ont.), 23854, leave to appeal refused with costs, 3.3.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Atta c. Malouf (Qué.), 23672, leave to appeal refused with costs, 27.1.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Baron c. Karas (Qué.), 23967, leave to appeal refused with costs, 21.4.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Barrons v. Ontario Automobile Dealers Association (Ont.), 23853, leave to appeal refused, 21.4.94, autorisation de pourvoi refusée.

Barzal v. The Queen (B.C.), 23730, notice of discontinuance filed, 13.4.94, avis de désistement produit.

Bazinet c. La Reine (Crim.)(Qué.), 23714, leave to appeal refused, 13.1.94, autorisation de pourvoi refusée.

Bell v. The Queen (Crim.)(B.C.), 23756, leave to appeal refused, 3.2.94, autorisation de pourvoi refusée.

Bellefleur c. Procureur général du Québec (Qué.), 23762, leave to appeal refused with costs, 3.3.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Bempong v. The Queen (Crim.)(Ont.), 23856, leave to appeal refused, 10.2.94, autorisation de pourvoi refusée.

Benner v. Secretary of State of Canada (F.C.A.)(B.C.), 23811, leave to appeal granted, 10.3.94, autorisation de pourvoi accordée.

Biddle v. The Queen (Crim.)(Ont.), 23734, leave to appeal granted, 10.2.94, autorisation de pourvoi accordée.

Biddle v. The Queen (Crim.)(Ont.), 23885, leave to appeal refused, 3.2.94, autorisation de pourvoi refusée.

Bishop v. The Queen (Crim.)(Alta.), 23871, leave to appeal refused, 3.3.94, autorisation de pourvoi refusée.

Bleasdale v. The Queen (B.C.), 23729, notice of discontinuance filed, 14.4.94, avis de désistement produit.

Boileau c. La Reine (Crim.)(Qué.), 23942, leave to appeal refused, 7.4.94, autorisation de pourvoi refusée.

Bremner v. The Queen (Crim.)(Ont.), 23789, leave to appeal refused, 13.1.94, autorisation de pourvoi refusée.

Brock v. Attorney General of Canada (B.C.), 23774, leave to appeal refused with costs, 27.1.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Butchart v. The Queen (Crim.)(Ont.), 23956, leave to appeal refused, 24.3.94, autorisation de pourvoi refusée.

C & M McNally Engineering Inc. v. Greater Moncton Sewage Commission (N.B.), 23768, leave to appeal refused with costs, 17.2.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

C.A.S. v. J.F.T. (B.C.), 23796, leave to appeal refused with costs, 10.2.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

C.C. v. The Queen (Crim.)(Alta.), 23920, leave to appeal refused, 24.3.94, autorisation de pourvoi refusée.

Campbell v. Campbell (Ont.), 23921, leave to appeal refused, 21.4.94, autorisation de pourvoi refusée.

Canadian Broadcasting Corporation v. Pierre (B.C.), 23837, leave to appeal refused with costs, 3.3.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Canadian Imperial Bank of Commerce v. Sayani (B.C.), 23862, leave to appeal refused with costs, 10.3.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Canadian Life and Health Insurance Compensation Corporation c. Services de santé du Québec (Qué.), 23746, leave to appeal refused, 28.4.94, autorisation de pourvoi refusée.

Canadian Pacific Ltd. v. The Queen in right of Ontario (Ont.), 23721, leave to appeal granted, 10.2.94, autorisation de pourvoi accordée.

Castaldo v. Lento (Ont.), 23908, leave to appeal refused with costs, 31.3.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Chan v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.)(B.C.), 23813, leave to appeal granted, 10.2.94, autorisation de pourvoi accordée.

Chen v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.)(Ont.), 23984, leave to appeal granted, 28.4.94, autorisation de pourvoi accordée.

Coalition of Citizens for a Charter Challenge v. Metropolitan Authority (N.S.), 23911, leave to appeal refused with costs, 27.1.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Commercial Union Assurance Co. of Canada v. Bank of Nova Scotia (N.S.), 23777, leave to appeal refused with costs, 3.3.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Compagnie minière Lamaque Ltée c. Sous-ministre de l'Énergie et des Ressources du Québec (Qué.), 23684, leave to appeal refused, 10.2.94, autorisation de pourvoi refusée.

Consolidated Enfield Corporation v. Blair (Ont.), 23887, leave to appeal granted, 28.4.94, autorisation de pourvoi accordée.

Coopérative Forestière du Nord-Ouest c. Deschênes (Qué.), 23779, leave to appeal refused with costs, 27.1.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Coopers & Lybrand OYDL Inc. v. Royal Trust Co. (Ont.), 23771, leave to appeal refused with costs, 21.4.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Cormier c. La Reine (Crim.)(Qué.), 23847, leave to appeal refused, 3.2.94, autorisation de pourvoi refusée.

Côté c. La Reine (Qué.), 23707, leave to appeal granted, 3.3.94, autorisation de pourvoi accordée.

Cousineau c. Petitpas (Qué.), 23830, leave to appeal refused with costs, 13.1.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Craig v. Lahey (N.B.), 23828, leave to appeal refused with costs, 3.3.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Crawford v. The Queen (Crim.)(Ont.), 23711, leave to appeal granted, 10.2.94, autorisation de pourvoi accordée.

D.E.P. v. The Queen (Crim.)(Ont.), 23892, leave to appeal refused, 10.3.94, autorisation de pourvoi refusée.

D.M.S. v. The Queen (Crim.)(Alta.), 23878, leave to appeal refused, 10.2.94, autorisation de pourvoi refusée.

Darryl C. v. The Queen (Crim.)(Ont.), 23852, leave to appeal refused, 10.3.94, autorisation de pourvoi refusée.

Delgamuukw v. The Queen in right of the province of British Columbia (B.C.), 23799, leave to appeal granted, 10.3.94, autorisation de pourvoi accordée.

Delitcheva c. La Reine (C.A.F.)(Qué.), 23788, leave to appeal refused, 27.1.94, autorisation de pourvoi refusée.

Del Zotto v. Minister of National Revenue (F.C.A.)(Ont.), 23842, leave to appeal refused, 10.3.94, autorisation de pourvoi refusée.

Descoteaux c. Banque nationale du Canada (Qué.), 23863, leave to appeal refused with costs, 27.1.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Deshane v. Deere & Co. (Ont.), 23870, leave to appeal refused, 28.4.94, autorisation de pourvoi refusée.

Desloges v. Canadian Kennel Club (Ont.), 23981, leave to appeal refused, 14.4.94, autorisation de pourvoi refusée.

Dow Corning Corporation v. Hollis (B.C.), 23776, leave to appeal granted, 10.3.94, autorisation de pourvoi accordée.

Duchesneau c. La Reine (Crim.)(Qué.), 23716, leave to appeal refused, 3.3.94, autorisation de pourvoi refusée.

EBCO Industries Ltd. v. ICAM Technologies Corporation (B.C.), 23963, notice of discontinuance filed, 7.4.94, avis de désistement produit.

English v. The Queen (Crim.)(Nfld.), 23832, leave to appeal refused, 31.3.94, autorisation de pourvoi refusée.

Firscliff Development Inc. c. Raymond, Chabot, Fafard, Gagnon Inc. (Qué.), 23850, leave to appeal refused with costs, 10.2.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Firscliff Development Inc. c. Raymond, Chabot, Fafard, Gagnon Inc. (Qué.), 23851, leave to appeal refused with costs, 10.2.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Fiumara v. Commissioner of Corrections (F.C.A.)(Crim.)(Ont.), 23735, leave to appeal refused, 20.1.94, autorisation de pourvoi refusée.

Fletcher v. Corporation of the Township of Scugog (Ont.), 23699, leave to appeal refused with costs, 21.4.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Foster v. The Queen (Crim.)(Ont.), 23745, leave to appeal refused, 13.1.94, autorisation de pourvoi refusée.

Frankie v. Commissioner of Corrections (F.C.A.)(Crim.)(Ont.), 23736, leave to appeal refused, 20.1.94, autorisation de pourvoi refusée.

Friedman c. Sous-ministre du Revenu du Québec (Qué.), 23844, leave to appeal refused with costs, 3.2.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Friesen v. The Queen (F.C.A.)(B.C.), 23922, leave to appeal granted, 28.4.94, autorisation de pourvoi accordée.

Gaulin c. La Reine (Crim.)(Qué.), 23874, leave to appeal refused, 31.3.94, autorisation de pourvoi refusée.

Gilbert c. La Reine (C.A.F.)(Qué.), 23723, leave to appeal refused with costs, 24.3.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Gill v. The Queen (B.C.)(Crim.), 23903, leave to appeal refused, 24.3.94, autorisation de pourvoi refusée.

Gillespie v. The Queen (Crim.)(N.B.), 22771, leave to appeal refused, 27.1.94, autorisation de pourvoi refusée.

Gladstone v. The Queen (B.C.), 23801, leave to appeal granted, 10.3.94, autorisation de pourvoi accordée.

Godin c. Société conadienne de la Croix-Rouge (Qué.), 23702, leave to appeal refused, 13.1.94, autorisation de pourvoi refusée.

Godon v. The Queen (Crim.)(Ont.), 23790, leave to appeal refused, 10.3.94, autorisation de pourvoi refusée.

Gold v. Gold (B.C.), 23817, leave to appeal refused with costs, 13.1.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Golden Horse Farms Inc. v. Household Trust Co. (B.C.), 23710, leave to appeal refused with costs, 24.3.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Government of Manitoba v. A.J. (Man.), 23770, leave to appeal refused, 3.3.94, autorisation de pourvoi refusée.

Greenbaum c. Public Curator of Quebec (Qué.), 23700, leave to appeal refused with costs, 13.1.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Greer v. Commission national des libérations conditionnelles (F.C.A.)(Ont.), 23724, leave to appeal refused, 13.1.94, autorisation de pourvoi refusée.

Gyori v. The Queen (Crim.)(Alta.), 23907, leave to appeal refused, 3.3.94, autorisation de pourvoi refusée.

Gyorvari v. The Queen (F.C.A.)(Ont.), 23807, leave to appeal refused, 28.4.94, autorisation de pourvoi refusée.

Hamon c. La Reine (Crim.)(Qué.), 23857, leave to appeal refused, 27.1.94, autorisation de pourvoi refusée.

Haughton v. The Queen (Crim.)(Ont.), 23665, leave to appeal granted, 3.2.94, autorisation de pourvoi accordée.

Hawrish v. The Queen (Crim.)(Sask.), 23898, leave to appeal granted, 28.4.94, autorisation de pourvoi accordée.

Hecht v. Reid (B.C.), 23751, leave to appeal refused with costs, 13.1.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Hibbert v. The Queen (Crim.)(Ont.), 23815, leave to appeal granted, 10.2.94, autorisation de pourvoi accordée.

Hill v. The Registrar, South Alberta Land Registration District (Alta.), 23650, leave to appeal refused with costs, 10.2.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Horan v. The Queen (Crim.)(Ont.), 23855, leave to appeal refused, 3.2.94, autorisation de pourvoi refusée.

Huot v. The Queen (Crim.)(Ont.), 23849, leave to appeal refused, 21.4.94, autorisation de pourvoi refusée.

Hutchins v. Commission nationale des libérations conditionnelles (F.C.A.)(Ont.), 23725, leave to appeal refused, 13.1.94, autorisation de pourvoi refusée.

Hutter v. The Queen (Crim.)(Ont.), 23950, leave to appeal refused, 28.4.94, autorisation de pourvoi refusée.

Hynes v. The Queen (Crim.)(N.S.), 23718, leave to appeal refused, 3.2.94, autorisation de pourvoi refusée.

Industrielle-Alliance, compagnie d'assurance-vie c. Deslauriers (Qué.), 23824, leave to appeal refused with costs, 28.4.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

J.W.S. v. H.A.D. (Alta.), 23915, leave to appeal refused with costs, 3.3.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Jaffe v. Hatch (Crim.)(Ont.), 23755, leave to appeal refused, 20.1.94, autorisation de pourvoi refusée.

Janes v. The Queen in right of Newfoundland (Nfld.), 22997, leave to appeal refused, 13.1.94, autorisation de pourvoi refusée.

Jones v. The Queen (Crim.)(B.C.), 23916, leave to appeal refused, 24.3.94, autorisation de pourvoi refusée.

Jorgensen v. The Queen (Crim.)(Ont.), 23787, leave to appeal granted, 28.4.94, autorisation de pourvoi accordée.

Kopen v. 61345 Manitoba Ltd. (Man.), 23498, leave to appeal refused with costs, 17.3.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

L.M. c. L.L. (Qué.), 23829, leave to appeal refused, 17.2.94, autorisation de pourvoi refusée.

Laboratories Nordic Inc. c. Gagnon (Qué.), 23977, notice of discontinuance filed, 30.3.94, avis de désistement produit.

Lahey v. Craig (N.B.), 23828, leave to appeal refused with costs, 3.3.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Laisa v. The Queen (Crim.)(N.W.T.), 23819, leave to appeal refused, 13.1.94, autorisation de pourvoi refusée.

Lee v. The Queen (Crim.)(Ont.), 23831, leave to appeal refused, 3.3.94, autorisation de pourvoi refusée.

Lewery v. Governing Council of the Salvation Army in Canada (N.B.), 23775, leave to appeal refused with costs, 13.1.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Lewis v. The Queen (B.C.), 23802, leave to appeal granted, 10.3.94, autorisation de pourvoi accordée.

Liberati v. Canada Employment and Immigration Commission (F.C.A.)(Ont.), 23869, leave to appeal refused, 3.3.94, autorisation de pourvoi refusée.

Lord v. The Queen (Crim.)(B.C.), 23943, leave to appeal granted, 28.4.94, autorisation de pourvoi accordée.

Lunn v. The Queen (Crim.)(Ont.), 23983, leave to appeal refused, 14.4.94, autorisation de pourvoi refusée.

M.S. v. The Queen (Crim.)(B.C.), 23848, leave to appeal refused, 13.1.94, autorisation de pourvoi refusée.

MacGillivray v. The Queen (Crim.)(N.S.), 23933, leave to appeal granted, 28.4.94, autorisation de pourvoi accordée.

MacKinlay v. MacKinlay (N.S.), 23783, leave to appeal refused with costs, 10.2.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Maheu c. Ministère du Revenu national (C.A.F.)(Qué.), 23873, leave to appeal refused with costs, 24.3.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Manson Insulation Inc. v. Wallace Construction Specialties Ltd. (Sask.), 23784, leave to appeal refused with costs, 10.2.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Martin v. The Queen (Crim.)(Ont.), 23761, leave to appeal refused, 14.4.94, autorisation de pourvoi refusée.

Mastercraft Properties Ltd. v. El Ef Investments Inc. (Ont.), 23827, leave to appeal refused with costs, 3.2.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Mayer v. Mayer (B.C.), 23782, leave to appeal refused with costs, 3.3.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Mayfield Investments Ltd. v. Stewart (Alta.), 23739, leave to appeal granted, 10.2.94, autorisation de pourvoi accordée.

Mercer v. The Queen (Crim.)(Nfld.), 23838, leave to appeal refused, 3.3.94, autorisation de pourvoi refusée.

Merck & Co. v. Apotex Inc. (F.C.A.)(Ont.), 23905, leave to appeal granted, 28.4.94, autorisation de pourvoi accordée.

Mercs v. Nanji (Alta.), 23497, leave to appeal refused, 17.3.94, autorisation de pourvoi refusée.

Messinger v. Bramalea Ltd. (Ont.), 23797, leave to appeal refused with costs, 17.2.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Minister of Employment and Immigration v. Nguyen (F.C.A.)(Man.), 23834, leave to appeal refused, 17.2.94, autorisation de pourvoi refusée.

Modes Cohoes Inc. c. Procureur général du Québec (Qué.), 23929, leave to appeal refused with costs, 21.4.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Moore v. The Queen (Crim.)(B.C.), 23810, leave to appeal granted, 17.2.94, autorisation de pourvoi accordée.

Morgan v. The Queen (Crim.)(Ont.), 23579, leave to appeal refused, 24.3.94, autorisation de pourvoi refusée.

Moutisheva c. Solliciteur général du Canada (C.A.F.)(Qué.), 23884, leave to appeal refused, 21.4.94, autorisation de pourvoi refusée.

Mowers v. The Queen (Crim.)(Ont.), 23891, leave to appeal granted, 10.3.94, autorisation de pourvoi accordée.

Mumford v. Health Sciences Centre (F.C.A.)(Man.), 23715, leave to appeal refused with costs, 10.2.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

NTC Smokehouse Ltd. v. The Queen in right of the province of British Columbia (B.C.), 23800, leave to appeal granted, 10.3.94, autorisation de pourvoi accordée.

Nassif c. Nassif (Qué.), 23836, leave to appeal refused with costs, 13.1.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

National Automobile v. Wolverine Tube (Canada) Inc. (B.C.), 23781, leave to appeal refused, 17.3.94, autorisation de pourvoi refusée.

National Party of Canada v. Canadian Broadcasting Corporation (Alta.), 23726, leave to appeal refused with costs, 3.2.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Naylor v. Naylor (Ont.), 23985, leave to appeal refused with costs, 21.4.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Neuzen v. Korn (B.C.), 23773, leave to appeal granted, 10.2.94, autorisation de pourvoi accordée.

Neve v. The Queen (Crim.)(Alta.), 23991, leave to appeal refused, 21.4.94, autorisation de pourvoi refusée.

Nicholson v. The Queen (Crim.)(Alta.), 23821, leave to appeal refused, 3.2.94, autorisation de pourvoi refusée.

Nikal v. The Queen in right of Canada (B.C.), 23804, leave to appeal granted, 10.3.94, autorisation de pourvoi accordée.

O'Leary v. The Queen (N.B.), 23928, leave to appeal granted, 28.4.94, autorisation de pourvoi accordée.

Ontario Teachers' Pension Plan Board v. Hugh (Ont.), 23720, leave to appeal refused with costs, 3.2.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Orlesky v. The Queen (Crim.)(Alta.), 23888, leave to appeal refused, 10.3.94, autorisation de pourvoi refusée.

Otto v. Hamilton & Olsen Surveys Ltd. (Alta.), 23840, leave to appeal refused with costs, 3.3.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Ouaknine c. Cohen (Qué.), 23858, leave to appeal refused with costs, 17.2.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Pacificador v. Republic of the Philippines (Ont.), 23792, leave to appeal refused, 28.4.94, autorisation de pourvoi refusée.

Peace Valley Ranch Ltd. v. Coconut Grove Management & Development Corporation (Ont.), 23814, leave to appeal refused, 3.2.94, autorisation de pourvoi refusée.

Pilon v. Bouaziz (B.C.), 23866, leave to appeal refused with costs, 21.4.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Prinse v. Fraser Valley Foods (B.C.), 23859, leave to appeal refused with costs, 14.4.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

R. v. Barrett (Crim.)(Ont.), 23749, leave to appeal granted, 28.4.94, autorisation de pourvoi accordée.

R. v. Bernshaw (Crim.)(B.C.), 23748, leave to appeal granted, 10.2.94, autorisation de pourvoi accordée.

R. c. Charbonneau (Crim.)(Qué.), 23906, leave to appeal refused, 10.3.94, autorisation de pourvoi refusée.

R. c. Côté (Qué.), 23707, leave to appeal granted, 3.3.94, autorisation de pourvoi accordée.

R. v. Crown Forest Industries Ltd. (F.C.A.)(Ont.), 23940, leave to appeal granted, 28.4.94, autorisation de pourvoi accordée.

R. v. Giesecke (Crim.)(Ont.), 23772, leave to appeal refused, 10.2.94, autorisation de pourvoi refusée.

R. c. Gosselin (Crim.)(Qué.), 23833, leave to appeal refused, 28.4.94, autorisation de pourvoi refusée.

R. v. Hawkins (Crim.)(Ont.), 23913, leave to appeal refused, 28.4.94, autorisation de pourvoi refusée.

R. v. Houlahan (Crim.)(Man.), 23786, leave to appeal granted, 10.2.94, autorisation de pourvoi accordée.

R. v. MacLeod (Crim.)(N.S.), 23722, leave to appeal refused, 13.1.94, autorisation de pourvoi refusée.

R. v. McIntosh (Crim.)(Ont.), 23843, leave to appeal granted, 10.2.94, autorisation de pourvoi accordée.

R. v. Parks (Crim.)(Ont.), 23860, leave to appeal refused, 28.4.94, autorisation de pourvoi refusée.

R. v. Perry (Crim.)(N.B.), 23910, leave to appeal refused, 14.4.94, autorisation de pourvoi refusée.

R. v. R.H.J. (Crim.)(B.C.), 23972, leave to appeal refused, 14.4.94, autorisation de pourvoi refusée.

R. in right of Ontario v. Prete (Ont.), 23973, leave to appeal refused with costs, 28.4.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

R. in right of the province of British Columbia v. Delgamuukw (B.C.), 23799, leave to appeal granted, 10.3.94, autorisation de pourvoi accordée.

R. in right of the province of New Brunswick v. Coopers & Lybrand Ltd. (N.B.), 23740, leave to appeal refused with costs, 10.2.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Regional Municipality of Peel v. Andani (Ont.), 23823, leave to appeal refused with costs, 3.3.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Rhymer v. The Queen (B.C.), 23732, notice of discontinuance filed, 12.4.94, avis de désistement produit.

Riendeau c. Economical Compagnie mutuelle d'assurance (Qué.), 23902, leave to appeal refused with costs, 10.3.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Rizzo v. Hanover Insurance Co. (Ont.), 23769, leave to appeal refused with costs, 3.2.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Roy c. Corporation municipale de St-Jules, Cté Beauce (Qué.), 23918, leave to appeal refused with costs, 21.4.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Sagharichi v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.)(Ont.), 23826, leave to appeal refused, 17.2.94, autorisation de pourvoi refusée.

Salois c. Ville de Montréal (Qué.), 23785, leave to appeal refused with costs, 27.1.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Samsoondar v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.)(Man.), 23900, leave to appeal refused, 10.3.94, autorisation de pourvoi refusée.

Scott v. Morrow (Ont.), 23798, leave to appeal refused with costs, 21.4.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Scottish & York Insurance Co. v. Co-Operators General Insurance Co. (Ont.), 23841, leave to appeal refused with costs, 28.4.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Seafarers' International Union of Canada c. Canada Labour Relations Board (C.A.F.)(Qué.), 23696, leave to appeal refused with costs, 10.2.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Services M.L. Marengère Inc. c. Corporation de la copropriété La Caserne (Qué.), 23681, leave to appeal refused with costs, 13.1.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Shaw Cable Systems British Columbia Ltd. v. British Columbia Telephone Co. (F.C.A.)(B.C.), 23717, leave to appeal granted, 10.2.94, autorisation de pourvoi accordée.

Shore Boat Builders Ltd. v. Moses (B.C.), 23868, leave to appeal refused with costs, 3.3.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Shulman v. McCallum (B.C.), 23767, notice of discontinuance filed, 28.2.94, avis de désistement produit.

Skender v. Anderson (B.C.), 23750, leave to appeal refused with costs, 13.1.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Société canadienne d'indemnisation pour les assurances de personnes c. Services de santé du Québec (Qué.), 23746, leave to appeal refused, 28.4.94, autorisation de pourvoi refusée.

Sohrabian v. The Queen (Crim.)(Ont.), 23835, leave to appeal refused, 3.3.94, autorisation de pourvoi refusée.

Sowa v. The Queen (Crim.)(Man.), 23806, leave to appeal refused, 13.1.94, autorisation de pourvoi refusée.

St. Denis v. The Queen (Crim.)(Alta.), 23895, leave to appeal refused, 24.3.94, autorisation de pourvoi refusée.

St. Joseph's Hospital v. Lahey (N.B.), 23828, leave to appeal refused with costs, 3.3.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Starzecki v. The Queen (Crim.)(Man.), 23935, leave to appeal refused, 21.4.94, autorisation de pourvoi refusée.

Strickland v. Ermel (Sask.), 23864, leave to appeal refused, 28.4.94, autorisation de pourvoi refusée.

Telecommunications Workers' Union v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (F.C.A.)(Ont.), 23778, leave to appeal granted, 10.2.94, autorisation de pourvoi accordée.

Téléphone Guévremont Inc. c. Procureur général du Québec (Qué.), 23345, leave to appeal granted, 10.2.94, autorisation de pourvoi accordée.

Tempelaar v. The Queen (Crim.)(Ont.), 23909, leave to appeal granted, 28.4.94, autorisation de pourvoi accordée.

Teodorescu c. La Reine (C.A.F.)(Qué.), 23917, leave to appeal refused, 31.3.94, autorisation de pourvoi refusée.

Terrie's Plumbing & Heating Ltd. v. Grosvenor Fine Furniture (1982) Ltd. (Sask.), 23818, leave to appeal refused, 3.2.94, autorisation de pourvoi refusée.

Thomas v. The Queen (Crim.)(Sask.), 23879, leave to appeal refused, 3.3.94, autorisation de pourvoi refusée.

Thornhurst Corporation v. Harvey Hubbell Canada Inc. (Ont.), 23743, leave to appeal refused with costs, 20.1.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Timpson v. The Queen (F.C.A.)(Ont.), 23754, leave to appeal refused with costs, 3.2.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Toronto-Dominion Bank v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 785 (Ont.), 23752, leave to appeal refused with costs, 27.1.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Tousignant c. La Reine (Crim.)(Qué.), 23955, leave to appeal refused, 31.3.94, autorisation de pourvoi refusée.

Van Der Peet v. The Queen (B.C.), 23803, leave to appeal granted, 10.3.94, autorisation de pourvoi accordée.

Victor c. 134154 Canada Inc. (Qué.), 23820, leave to appeal refused with costs, 13.1.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Ville de Sept-Îles c. Lussier (Qué.), 23825, leave to appeal refused with costs, 3.2.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Wade v. Brewer (N.B.), 23964, leave to appeal refused with costs, 28.4.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Walz v. Hayre (B.C.), 23043, leave to appeal refused with costs, 24.3.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Watson v. The Queen (Crim.)(Alta.), 23875, notice of discontinuance filed, 22.3.94, avis de désistement produit.

Whitley v. The Queen (Crim.)(Ont.), 23890, leave to appeal granted, 10.3.94, autorisation de pourvoi accordée.

Workers' Compensation Board v. Husky Oil Operations Ltd. (Sask.), 23936, leave to appeal granted, 28.4.94, autorisation de pourvoi accordée.

Y.L. v. Children's Aid Society of Halifax (N.S.), 23680, leave to appeal refused, 3.3.94, autorisation de pourvoi refusée.

Zabukovec v. Zabukovec (Ont.), 23946, leave to appeal refused with costs, 15.3.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Zurmati v. The Queen (Crim.)(Ont.), 23668, leave to appeal refused, 3.2.94, autorisation de pourvoi refusée.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the "Indexed as" entry in each case) with the necessary cross-references.

PAGE

A

Arcangioli, R. v. 129
Attorney General see also "Canada" or the name of province

B

Bank of Nova Scotia v. Dunphy Leasing Enterprises Ltd. 552
Bois, R. v. 357
Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways 420
British Columbia (Minister of Transportation and Highways, Brown v. 420
Burnaby Hospital, Toneguzzo-Norvell (Guardian *ad litem* of) v. 114
Burns, R. v. 656

C

Canada (Attorney General), RJR — MacDonald Inc. v. 311
Canada (National Energy Board), Quebec (Attorney General) v. 159
Canada, ILWU v. 150
Canada, International Longshoremen's and Warehousemen's Union — Canada Area Local 500, v. 150
Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board, Mobil Oil Canada Ltd. v. 202
Colarusso, R. v. 20
Commission see also "Canada" or the name of province

PAGE

Cooper v. Miller 359
Cunningham v. Wheeler 359

D

Dickson, R. v. 153
Dunphy Leasing Enterprises Ltd., Bank of Nova Scotia v. 552
Durette, R. v. 469

F

Farinacci, R. v. 469
Finta, R. v. 701

G

Galaske v. O'Donnell 670
Gibney v. Gilliland 157
Gilliland, Gibney v. 157

I

ILWU v. Canada 150
International Longshoremen's and Warehousemen's Union — Canada Area Local 500 v. Canada 150

J

Jeffreys, R. v. 469

PAGE

K

Kenora (Town) Hydro Electric Commission v. Vacationland Dairy Co-operative Ltd. 80

L

Lépine, R. v. 469
Lépine, United States of America v. 286

M

Masters v. Masters 883
McNee, Shanks v. 359
Miller, Cooper v. 359
Minister see also "Canada" or the name of province
Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board 202

N

Nagra, R. v. 355
Nova Scotia (Attorney General), Swinamer v. 445

O

O'Donnell, Galaske v. 670
Office see also "Canada" or the name of province

P

P. (M.B.), R. v. 555
Pétel, R. v. 3
Pittman, R. v. 148
Power, R. v. 601

Q

Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board) 159
Quebec (Attorney General) v. Téléphone Guèvremont Inc. 878
Quebec (Régie des télécommunications), Téléphone Guèvremont Inc. v. 878

PAGE

Queen see also "R."

R

R. v. Arcangioli 129
R. v. Bois 357
R. v. Burns 656
R. v. Colarusso 20
R. v. Dickson 153
R. v. Durette 469
R. v. Farinacci 469
R. v. Finta 701
R. v. Jeffreys 469
R. v. Lépine 469
R. v. Nagra 355
R. v. P. (M.B.) 555
R. v. Pétel 3
R. v. Pittman 148
R. v. Power 601
R. v. R. (D.) 881
R. v. Richardson 155
R. (D.), R. v. 881
Richardson, R. v. 155
RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General) 311

S

Savein, Toneguzzo-Norvell (Guardian *ad litem* of) v. 114
Shanks v. McNee 359
Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City) 231
Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General) 445

T

Téléphone Guèvremont Inc., Quebec (Attorney General) v. 878
Téléphone Guèvremont Inc. v. Quebec (Régie des télécommunications) 878
The Queen see also "R."
Toneguzzo-Norvell (Guardian *ad litem* of) v. Burnaby Hospital 114
Toneguzzo-Norvell (Guardian *ad litem* of) v. Savein 114

PAGE

U

Union see also under abbreviated name
United States of America v. Lépine 286

V

Vacationland Dairy Co-operative Ltd., Kenora (Town) Hydro Electric Commission v. 80

PAGE

Vancouver (City), Shell Canada Products Ltd. v. 231

W

Wheeler, Cunningham v. 359

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique «Répertorié» dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

PAGE

A

Arcangioli, R. c. 129

B

Banque de Nouvelle-Écosse c. Dunphy Leasing Enterprises Ltd. 552
Bois, R. c. 357
Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie) 420
Burnaby Hospital, Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. 114
Burns, R. c. 656

C

Canada (Office national de l'énergie), Québec (Procureur général) c. 159
Canada (Procureur général), RJR — MacDonald Inc. c. 311
Canada, SIDM c. 150
Canada, Syndicat international des débardeurs et magasiniers — Canada, section locale 500 c. 150
Colarusso, R. c. 20
Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie), Brown c. 420
Commission hydro-électrique de Kenora (Ville) c. Vacationland Dairy Co-operative Ltd. 80
Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province
Cooper c. Miller 359
Cunningham c. Wheeler 359

PAGE

D

Dickson, R. c. 153
Dunphy Leasing Enterprises Ltd., Banque de Nouvelle-Écosse c. 552
Durette, R. c. 469

E

États-Unis d'Amérique c. Lépine 286

F

Farinacci, R. c. 469
Finta, R. c. 701

G

Galaske c. O'Donnell 670
Gibney c. Gilliland 157
Gilliland, Gibney c. 157

J

Jeffreys, R. c. 469

L

La Reine voir aussi «R.»
Lépine, États-Unis d'Amérique c. 286
Lépine, R. c. 469

PAGE

M

Masters c. Masters 883
McNee, Shanks c. 359
Miller, Cooper c. 359
Ministre voir aussi «Canada» ou nom de la province
Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers 202

N

Nagra, R. c. 355
Nouvelle-Écosse (Procureur général), Swinamer c. 445

O

O'Donnell, Galaske c. 670
Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers, Mobil Oil Canada Ltd. c. 202
Office voir aussi «Canada» ou nom de la province

P

P. (M.B.), R. c. 555
Pétel, R. c. 3
Pittman, R. c. 148
Power, R. c. 601
Procureur général voir aussi «Canada» ou nom de la province
Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville) 231

Q

Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie) 159
Québec (Procureur général) c. Téléphone Guèvremont Inc. 878
Quebec (Régie des télécommunications), Téléphone Guèvremont Inc. c. 878

PAGE

R

R. c. Arcangioli 129
R. c. Bois 357
R. c. Burns 656
R. c. Colarusso 20
R. c. Dickson 153
R. c. Durette 469
R. c. Farinacci 469
R. c. Finta 701
R. c. Jeffrey 469
R. c. Lépine 469
R. c. Nagra 355
R. c. P. (M.B.) 555
R. c. Pétel 3
R. c. Pittman 148
R. c. Power 601
R. v. R. (D.) 881
R. c. Richardson 155
R. (D.), R. c. 881
RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général) 311
Reine voir aussi «R.»
Richardson, R. c. 155

S

Savein, Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. 114
Shanks c. McNee 359
SIDM c. Canada 150
Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général) 445
Syndicat international des débardeurs et magasiniers — Canada, section locale 500 c. Canada 150
Syndicat voir aussi sous nom abrégé

T

Téléphone Guèvremont Inc., Québec (Procureur général) c. 878
Téléphone Guèvremont Inc. c. Québec (Régie des télécommunications) 878
Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital 114
Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Savein 114

PAGE

V

Vacationland Dairy Co-operative Ltd., Commission hydro-électrique de Kenora (Ville) c. 80
Vancouver (Ville), Produits Shell Canada Ltée c. 231

PAGE

W

Wheeler, Cunningham c. 359

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
A		
Abarca and The Queen, Re	(1980), 57 C.C.C. (2d) 410	613
Adrian Messenger Services v. The Jockey Club Ltd. (No. 2)	(1972), 2 O.R. 619	336
Affaire du "Lotus"	(1927), C.P.J.I., sér. A, nº 10	734, 806
Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission	(1993), 14 O.R. (3d) 280	343
Ainsworth Electric Co. and Board of Governors of Exhibition Place, Re	(1987), 58 O.R. (2d) 432	239
Almelo Trial (The)	1 Law Reports of Trials of War Criminals 35 (1945)	732
Amato v. The Queen	[1982] 2 S.C.R. 418	613
American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.	[1975] A.C. 396	335
Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.	[1978] 2 S.C.R. 229	385, 416
Anns v. Merton London Borough Council	[1978] A.C. 728	424, 449, 460, 679
Argentina v. Mellino	[1987] 1 S.C.R. 536	296
Arnold v. Teno	[1978] 2 S.C.R. 287	688
Associated Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corp.	[1948] 1 K.B. 223	242
Associated Respiratory Services Inc. v. British Columbia (Purchasing Commission)	(1992), 70 B.C.L.R. (2d) 57	239
Attorney General of Canada v. Fishing Vessel Owners' Association of B.C.	[1985] 1 F.C. 791	345
Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada	[1980] 2 S.C.R. 735	226
Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre	[1982] 1 S.C.R. 175	519
Attorney-General of the Government of Israel v. Eichmann	(1961), 36 I.L.R. 5	732
Aujla v. Christensen	[1992] B.C.J. No. 860 (QL)	683
B		
Badar Bee v. Habib Merican Noordin	[1909] A.C. 615	519
Baird v. Corporation of the District of Oak Bay	(1982), 21 M.P.L.R. 278	256
Balcombe v. The Queen	[1954] S.C.R. 303	739, 808
Balderstone and The Queen, Re	(1983), 8 C.C.C. (3d) 532	623
Ball and The Queen, Re	(1978), 44 C.C.C. (2d) 532	613

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Barratt v. District of North Vancouver	[1980] 2 S.C.R. 418	424, 441
Barron v. City of Natchez	90 So.2d 673 (1956)	462
Battle Creek Toasted Corn Flake Co. v. Kellogg Toasted Corn Flake Co.	(1924), 55 O.L.R. 127	329
Bear Island Foundation v. Ontario	(1989), 70 O.R. (2d) 574	336
Beauregard v. Canada	[1986] 2 S.C.R. 56	620
Beaver v. Crowe	(1974), 49 D.L.R. (3d) 114	683
Beaver v. The Queen	[1957] S.C.R. 531	826
Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)	[1989] 1 R.C.S. 1722	178, 247
Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)	[1989] 1 S.C.R. 1722	178, 247
Benmax v. Austin Motor Co.	[1955] A.C. 370	695
Bentzler v. Braun	149 N.W.2d 626 (1967)	685
Berube v. Vanest	[1991] O.J. No. 1633 (QL)	683
Bisaillon v. Keable	[1983] 2 S.C.R. 60	532
Black v. Law Society of Alberta	(1983), 144 D.L.R. (3d) 439	346
Boarelli v. Flannigan	[1973] 3 O.R. 69	400
Bolduc c. Procureur général du Québec	[1982] 1 R.C.S. 573	742
Bolduc v. Attorney General of Quebec	[1982] 1 S.C.R. 573	742
Boone County Sand & Gravel Co. v. Owen County Rural Electric Cooperative Corp.	779 S.W.2d 224 (1989)	97
Bourgeois v. Tzrop	(1957), 9 D.L.R. (2d) 214	400
Bradburn v. Great Western Rail Co.	[1874-80] All E.R. Rep. 195	397
Bradburn v. Great Western Railway Co.	(1874), L.R. 10 Ex. 1	397
Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada	[1980] 1 R.C.S. 594	330
British Transport Commission v. Gourley	[1956] A.C. 185	416
Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)	[1994] 1 R.C.S. 420	450
Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)	[1994] 1 S.C.R. 420	450
Brown v. State	58 N.Y.S.2d 691 (1945)	463
Browning v. War Office	[1962] 3 All E.R. 1089	398
Burns and Township of Haldimand, Re	(1965), 52 D.L.R. (2d) 101	250

C

Caccamo v. The Queen	[1976] 1 S.C.R. 786	630
Campbell v. The Queen	(1982), 31 C.R. (3d) 166	857
Canada v. Schmidt	[1987] 1 S.C.R. 500	307
Canadian National Railway Co. v. Vincent	[1979] 1 S.C.R. 364	694
Canadian Pacific Ltd. v. Gill	[1973] S.C.R. 654	371, 400
Canadian Radio-Television Commission and in re London Cable TV Ltd., In re	[1976]2 F.C. 621	181
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.	[1979]2 S.C.R. 227	247

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)	(1989), 4 C.E.L.R. (N.S.) 201	198
Capital Properties Co. v. Public Service Commission	457 N.Y.S.2d 635 (1982)	97
Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent	[1985] 2 R.C.S. 643	182, 224
Cardinal v. Director of Kent Institution	[1985] 2 S.C.R. 643	182, 224
Case of the S.S. "Lotus" (The)	(1927), P.C.I.J., Ser. A, No. 10	734, 806
Chan v. Butcher	[1984] 4 W.W.R. 363	400
Chateau-Gai Wines Ltd. v. Attorney General of Canada	[1970] Ex. C.R. 366	310
Chesapeake and Potomac Telephone Co. of Virginia v. Bles	243 S.E.2d 473 (1978)	95
Cirella v. The Queen	[1978] 2 F.C. 195	416
City of Hamilton v. Hamilton Distillery Co.	(1907), 38 S.C.R. 239	242
City of Kamloops v. Nielsen	[1984] 2 S.C.R. 2	679
City of Prince George v. Payne	[1978] 1 S.C.R. 458	244
City of Toronto v. Miller Paving Ltd.	(1964), 49 D.L.R. (2d) 214	274
Cloutier v. The Queen	[1979] 2 S.C.R. 709	523
Colorado v. Nunez	465 U.S. 324 (1984)	534
Colpitts v. The Queen	[1965] S.C.R. 739	17, 146
Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie	[1978] 1 R.C.S. 369	184
Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board	[1978] 1 S.C.R. 369	184
Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez	[1975] 1 S.C.R. 228	307
Compagnie des Chemins de fer nationaux du Canada c. Vincent	[1979] 1 R.C.S. 364	694
Connelly v. Director of Public Prosecutions	[1964] 2 All E.R. 401	612
Conseil de la Radio-Télévision canadienne et in re la London Cable TV Ltd, In re	[1976]2 C.F. 621	181
Corp. de Gestion Ste-Foy, Inc. v. Florida Power and Light Co.	385 So.2d 124 (1980)	96
Crawford v. The Queen	(1984), 43 C.R. (3d) 80	573
Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.	[1988] 1 S.C.R. 1186	690
Croke (a minor) v. Wiseman	[1981] 3 All E.R. 852	123

D

Da Costa v. Da Costa	[1993] B.C.J. No. 1485 (QL)	686
Dawson v. Sawatzky	[1946] 1 W.W.R. 33	400
Demjanjuk v. Petrovsky	776 F.2d 571 (1985)	732
Dersch c. Canada (Procureur général)	[1990] 2 R.C.S. 1505	492, 519
Dersch v. Canada (Attorney General)	[1990] 2 S.C.R. 1505	492, 519
DesBrisay v. Canadian Government Merchant Marine Ltd.	[1941] S.C.R. 230	694
Dialadex Communications Inc. v. Crammond	(1987), 34 D.L.R. (4th) 392	340
Dick v. The Queen	Unreported/Inédit, F.C.T.D., T-951-89, June 3, 1992	184
Director of Public Prosecutions v. Humphrys	[1976] 2 All E.R. 497	613
Dodgson v. Topolinsky	(1980), 125 D.L.R. (3d) 177	682
Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)	[1993] 2 R.C.S. 756	247
Donnelly and Acheson and The Queen, Re	(1976), 29 C.C.C. (2d) 58	524
Donoghue v. Stevenson	[1932] A.C. 562	679

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College	[1990] 3 S.C.R. 570	621
Dover Castle	16 A.J.I.L. 704 (1921)	834
Dubois v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 350	578
Ducharme v. Davies	(1981), 12 Sask. R. 137	683
Duff Development Co. v. Government of Kelantan	[1924] A.C. 797	310
Dunlop v. The Queen	[1979] 2 S.C.R. 881	847

E

Earl v. Bourdon	(1975), 65 D.L.R. (3d) 646	683
Einsatzgruppen Case (The)	4 Trials of War Criminals 470 (1948)	837
Erven v. The Queen	[1979] 1 S.C.R. 926	613
Esquimalt Anglers' Association c. Canada (Ministre des pêches et océans)	(1988), 21 F.T.R. 304	345
Esquimalt Anglers' Association v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)	(1988), 21 F.T.R. 304	345
Estrella-Ortega v. United States	423 F.2d 509 (1970)	860
États-Unis d'Amérique c. Cotroni	[1989] 1 R.C.S. 1469	308, 624
États-Unis d'Amérique c. Shephard	[1977] 2 R.C.S. 1067	304

F

Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)	(1989), 4 C.E.L.R. (N.S.) 201	198
Foster and Township of Raleigh, Re	(1910), 22 O.L.R. 26	251
Franks v. Delaware	438 U.S. 154 (1978)	507
Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique	[1985] 2 R.C.S. 455	620
Fraser v. Public Service Staff Relations Board	[1985] 2 S.C.R. 455	620
Friends of the Island Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics)	[1993] 2 C.F. 229	198
Friends of the Island Inc. v. Canada (Minister of Public Works)	[1993] 2 F.C. 229	198
Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)	[1992] 1 R.C.S. 3	193
Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)	[1992] 1 S.C.R. 3	193
Froom v. Butcher	[1975] 3 All E.R. 520	680

G

Gagnon v. Beaulieu	[1977] 1 W.W.R. 702	683
Galloway v. Mayor and Commonalty of London	(1866), L.R. 1 H.L. 34	250
Geffen c. Succession Goodman	[1991] 2 R.C.S. 353	121, 695
Geffen v. Goodman Estate	[1991] 2 S.C.R. 353	121, 695
Gershman v. Manitoba Vegetable Producers' Marketing Board	[1976] 4 W.W.R. 406	276
Gervais v. Richard	(1984), 48 O.R. (2d) 191	683
Gibson v. Le Temps Publishing Co.	(1903), 6 O.L.R. 690	519

NAME OF CASE / INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED / RENVOI	PAGE
Gitludahl v. Minister of Forests	Unreported/Inédit, B.C.S.C., Vancouver A922935, August 13, 1992	184
Goddard v. Public Service Co. of Colorado	599 P.2d 278 (1979)	97
Graat v. The Queen	[1982] 2 S.C.R. 819	651, 666
Graham v. Baker	(1961), 106 C.L.R. 340	376
Gudmondson v. The King	(1933), 60 C.C.C. 332	143
Guerin v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 335	183
Gulf Canada Ltd. and City of Vancouver, Re	(1981), 130 D.L.R. (3d) 146	284
Guy v. Trizec Equities Ltd.	[1979] 2 S.C.R. 756	371, 400

H

Haggerty v. City of Victoria	(1895), 4 B.C.R. 163	239
Hall v. Hebert	[1993] 2 S.C.R. 159	679
Harelkin c. Université de Regina	[1979] 2 R.C.S. 561	228
Harelkin v. University of Regina	[1979] 2 S.C.R. 561	228
Harper v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 2	661
Hignell v. City of Winnipeg	[1933] 3 W.W.R. 193	261, 283
Hodgson v. Trapp	[1988] 3 W.L.R. 1281	368
Holstein v. Berzolla	[1981] 4 W.W.R. 159	683
Homex Realty and Development Co. v. Corporation of the Village of Wyoming	[1980]2 S.C.R. 1011	226
Horsman v. Bulmer	(1987), 42 C.C.L.T. 220	683
Howard and City of Toronto, Re	(1928), 61 O.L.R. 563	242
Hubbard v. Pitt	[1976] Q.B. 142	341
Hussain v. New Taplow Paper Mills Ltd.	[1988] 1 All E.R. 541	373, 400

I

Illinois Power Co. v. Champaign Asphalt Co.	310 N.E.2d 463 (1974)	97
Inabinett v. State Highway Department	12 S.E.2d 848 (1941)	462
Inter-City Gas Utilities Ltd. and Ebner, Re	(1977), 76 D.L.R. (3d) 708	93
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 927	868
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 927	868
Island Telephone Co., Re	(1987), 67 Nfld. & P.E.I.R. 158	345

J

Jackson v. Millar	[1972] 2 O.R. 197	682
Jordan House Ltd. v. Menow	[1974] S.C.R. 239	690
Josef Altstötter Trial (The Justice Trial)	6 Law Reports of Trials of War Criminals 1 (1947)	732
Just c. Colombie-Britannique	[1989] 2 R.C.S. 1228	426, 451, 454, 679
Just v. British Columbia	[1989] 2 S.C.R. 1228	426, 451, 454, 679

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
K		
Kamloops (City of) v. Nielsen	[1984] 2 S.C.R. 2	436, 449, 460
Kamloops (Ville de) c. Nielsen	[1984] 2 R.C.S. 2	436, 449, 460
Keable c. Procureur général (Can.)	[1978] 2 R.C.S. 135	329
Keable v. Attorney General (Can.)	[1978] 2 S.C.R. 135	329
Keller v. Kautz	(1982), 20 Sask. R. 420	683
Kelsey v. The Queen	[1953] 1 S.C.R. 220	846
Khan v. College of Physicians and Surgeons of Ontario	(1992), 9 O.R. (3d) 641	666
Kissick v. The King	[1952] 1 S.C.R. 343	573
Knight v. Indian Head School Division No. 19	[1990] 1 S.C.R. 653	224
Kuchma v. Rural Municipality of Tache	[1945] S.C.R. 234	243
L		
Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada	[1980] 1 S.C.R. 594	330
Laboratoire Pentagone Ltée v. Parke, Davis & Co.	[1968] S.C.R. 269	335
Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.	[1989] 2 S.C.R. 574	183
Laclede Gas Co. v. Solon Gershman, Inc.	539 S.W.2d 574 (1976)	97
Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer	[1992] 3 S.C.R. 165	182
Lamb v. Town of Estevan	(1922), 16 Sask. L.R. 220	250
Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)	[1989] 1 S.C.R. 705	441
Le Lievre v. Gould	[1893] 1 Q.B. 491	693
Lewis v. Todd	[1980] 2 S.C.R. 694	695
Liangsiriprasert v. United States Government	[1990] 2 All E.R. 866	300
Libman v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 178	299, 304, 771
Livingstone v. Rawyards Coal Co.	(1880), 5 App. Cas. 25	368, 416
Llandovery Castle	16 A.J.I.L. 708 (1921)	834
M		
MacAskill v. The King	[1931] S.C.R. 330	143
Macdonald v. The Queen	[1977] 2 S.C.R. 665	664
MacMillan Bloedel Ltd. v. Mullin	[1985] 3 W.W.R. 577	341
Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores (MTS) Ltd.	[1987] 1 S.C.R. 110	331
Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores (MTS) Ltd.	[1987] 1 R.C.S. 110	331
Maritime Electric Co. v. General Dairies Ltd.	[1937] 1 D.L.R. 609	84, 105
Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui	[1980] 1 R.C.S. 602	182
Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board	[1980] 1 S.C.R. 602	182
Maynard v. Maynard	[1951] S.C.R. 346	519
McCallion v. Dodd	[1966] N.Z.L.R. 710	688
McCray v. Illinois	386 U.S. 300 (1967)	534
McKercher v. Vancouver-Iowa Shingle Co.	[1929] 4 D.L.R. 231	523
McMillan v. The Queen	[1977] 2 S.C.R. 824	139
McVey (Re); McVey c. États-Unis d'Amérique	[1992] 3 R.C.S 475	296, 302, 735
McVey (Re); McVey v. United States of America	[1992] 3 S.C.R. 475	296, 302, 735

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Memphis Light, Gas & Water Division v. Auburndale School System	705 S.W.2d 652 (1986)	97
Merritt v. City of Toronto	(1895), 22 O.A.R. 205	242
Midnorthern Appliances Industries Corp. and Ontario Housing Corp., Re	(1977), 17 O.R. (2d) 290	239
Migliore v. Gerard	(1987), 42 D.L.R. (4th) 619	696
Miller and Thomas and The Queen, Re	(1975), 23 C.C.C. (2d) 257	521
Mills v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 863	342, 874
Morgentaler v. Ackroyd	(1983), 150 D.L.R. (3d) 59	344
Mortensen v. Southern Pacific Co.	53 Cal. Rptr. 851 (1966)	685
Mounterbrooke Inc. v. City of Montreal	[1963] R.L. 28	251

N

N.W.L. Ltd. v. Woods	[1979] 1 W.L.R. 1294	338
National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)	[1990] 2 R.C.S. 1324	247
National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)	[1990] 2 S.C.R. 1324	247
National Insurance Co. of New Zealand v. Espagne	(1961), 105 C.L.R. 569	416
Nelles v. Ontario	[1989] 2 S.C.R. 170	342

O

O'Brien v. McKean	(1968), 118 C.L.R. 540	416
Ofer v. Chief Military Prosecutor (the Kafr Qassem case)	[Appeal 279-283/58, Psakim (Judgments of the District Courts of Israel), vol. 44, at p. 362], in Pal. Y.B. Int'l L. (1985), vol. 2, p. 69	778, 835
Ohlheiser v. Cummings	[1979] 6 W.W.R. 282	683
Ontario Hydro v. Ram's Horn Holding Ltd.	Unreported/Inédit, Ont. Dist. Ct., No. 256034/85, June 25, 1987	99
Ontario Jockey Club v. Smith	(1922), 22 O.W.N. 373	347

P

P. (D.) v. S. (C.)	[1993] 4 S.C.R. 141	121
Pappajohn v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 120	826
Parke, Davis & Co. v. Fine Chemicals of Canada Ltd.	[1959] S.C.R. 219	182
Parnerkar v. The Queen	[1974] S.C.R. 449	847
Parry v. Cleaver	[1969] 1 All E.R. 555	372, 398
Patterson v. The Queen	[1970] S.C.R. 409	630
People v. Sturgis	352 N.Y.S.2d 942 (1973)	535
Peter Kiewit Sons Co. v. Richmond (City)	(1992), 11 M.P.L.R. (2d) 110	239
Pharness v. Wallace	[1987] B.C.J. No. 2393 (QL)	683
Phillion v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 18	667
Pickett v. British Rail Engineering Ltd.	[1979] 1 All E.R. 774	126
Poje v. Attorney General for British Columbia	[1953] 1 S.C.R. 516	519

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Polyukhovich v. Commonwealth of Australia	(1991), 101 A.L.R. 545	737
Portland (Town of) v. Griffiths	(1885), 11 S.C.R. 333	440
Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international	t. 22, (1946) (Texte officiel en langue française)	729, 836
Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre	[1982] 1 R.C.S. 175	519
Procureur général du Canada c. Fishing Vessel Owners' Association of B.C.	[1985] 1 C.F. 791	345
Propeller Monticello v. Mollison, (The)	58 U.S. (17 How.) 152 (1854)	376
Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada	[1980] 2 R.C.S. 735	226
Protection de la jeunesse — 449	[1990] R.J.Q. 2367	595
Prysiazniuk v. Regional Municipality of Hamilton-Wentworth	(1985), 10 O.A.C. 208	239
Pugliese v. Macrillo Estate	(1988), 67 O.R. (2d) 641	682

Q

Queen (The) v. Jennings	[1966] S.C.R. 532	416
Queen in right of Canada (The) v. Saskatchewan Wheat Pool	[1983] 1 S.C.R. 205	678, 694

R

R. v. Abbey	[1982] 2 S.C.R. 24	666
R. v. Andres	[1982] 2 W.W.R. 249	651
R. v. Askov	[1990] 2 S.C.R. 1199	874
R. v. Assu	(1981), 64 C.C.C. (2d) 94	574, 594
R. v. B. (F.F.)	[1993] 1 S.C.R. 697	146, 668
R. v. B. (G.)	[1990] 2 S.C.R. 30	564, 584, 590
R. v. B. (K.G.)	[1993] 1 S.C.R. 740	854
R. v. Bailey	(1983), 4 C.C.C. (3d) 21	618, 640
R. v. Banas and Haverkamp	(1982), 65 C.C.C. (2d) 224	618, 639
R. v. Beare	[1988] 2 S.C.R. 387	624
R. v. Béland	[1987] 2 S.C.R. 398	666
R. v. Bell	(1929), 51 C.C.C. 388	612
R. v. Bernard	[1988] 2 S.C.R. 833	780
R. v. Bevan	[1993] 2 S.C.R. 599	146
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295	272
R. v. Birt and Anderson	(1986), 31 C.C.C. (3d) 176	526
R. v. Black	(1990), 55 C.C.C. (3d) 421	858
R. v. Bouchard	(1973), 24 C.R.N.S. 31	858
R. v. Brown	[1967] 3 C.C.C. 210	857
R. v. Broyles	[1991] 3 S.C.R. 595	146
R. v. Cachia	(1974), 17 C.C.C. (2d) 173	572
R. v. Chambers	[1990] 2 S.C.R. 1293	143
R. v. Champagne	[1970] 2 C.C.C. 273	573, 594
R. v. Chaulk	[1990] 3 S.C.R. 1303	810
R. v. Cheng	(1976), 33 C.C.C. (2d) 441	521

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Collins	(1993), 79 C.C.C. 204	74, 644
R. v. Conway	[1989] 1 S.C.R. 1659	615
R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.	[1988] 1 S.C.R. 401	325
R. v. Day	(1940), 27 Cr. App. R. 168	574
R. v. DeSousa	[1992] 2 S.C.R. 944	756
R. v. Dossi	(1918), 13 Cr. App. R. 158	598
R. v. Dubois	(1990), 62 C.C.C. (3d) 90	652
R. v. Dunn	[1970] 3 C.C.C. 424	572
R. v. Dyment	[1988] 2 S.C.R. 417	32, 53
R. v. Egger	[1993] 2 S.C.R. 451	495
R. v. Erickson	(1992), 72 C.C.C. (3d) 75	75
R. v. Faid	[1983] 1 S.C.R. 265	847
R. v. Finlay and Grellette	(1985), 23 C.C.C. (3d) 48	524
R. v. Finta	(1989), 69 O.R. (2d) 557	735, 795
R. v. Garofoli	[1990] 2 S.C.R. 1421	478, 512
R. v. Gill	(1980), 18 C.R. (3d) 390	522
R. v. Grant	[1993] 3 S.C.R. 223	550
R. v. Graves	(1987), 31 C.C.C. (3d) 552	526
R. v. Greenbaum	[1993] 1 S.C.R. 674	243, 273
R. v. Harris	(1927), 20 Cr. App. R. 86	857
R. v. Haslam	(1976), 3 C.R. (3d) 248	521
R. v. Hebert	[1990] 2 S.C.R. 151	578
R. v. Hess	[1990] 2 S.C.R. 906	818
R. v. Holden	(1838), 8 Car. & P. 606, 173 E.R. 638	857
R. v. Holmes	[1988] 1 S.C.R. 914	865
R. v. Huluszkiw	(1962), 37 C.R. 386	574, 594
R. v. Hunter	(1987), 34 C.C.C. (3d) 14	544
R. v. I. (L.R.) and T. (E.)	[1993] 4 S.C.R. 504	882
R. v. Jewitt	[1985] 2 S.C.R. 128	613, 640
R. v. Kalanj	[1989] 1 S.C.R. 1594	786
R. v. Karens	[1986] B.C.J. No. 2165 (QL)	595
R. v. Keegstra	[1990] 3 S.C.R. 697	810
R. v. Kendall	(1987), 35 C.C.C. (3d) 105	141
R. v. Keyowski	[1988] 1 S.C.R. 657	614, 641
R. v. Khan	[1990] 2 S.C.R. 531	590, 853
R. v. Kishen Singh	(1941), 76 C.C.C. 248	570, 593
R. v. Krannenburg	[1980] 1 S.C.R. 1053	613
R. v. Kucher	(1979), 48 C.C.C. (2d) 115	652
R. v. L. (W.K.)	[1991] 1 S.C.R. 1091	786
R. v. Lachance	[1990] 2 S.C.R. 1490	519
R. v. Lavallee	[1990] 1 S.C.R. 852	10, 666
R. v. Lebrun	(1978), 7 C.R. (3d) 93	613
R. v. Leclair	(1956), 115 C.C.C. 297	612
R. v. Leroux	(1928), 50 C.C.C. 52	612
R. v. Lewisham London Borough Council, ex parte Shell UK Ltd.	[1988] 1 All E.R. 938	250, 269
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309	624, 768

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Mack	[1988] 2 S.C.R. 903	615, 640
R. v. Madden	Unreported/Inédit, Ont. Co. Ct., April 28, 1977	521
R. v. Madsen and Scobel	(1986), 31 C.C.C. (3d) 249	526
R. v. Marquard	[1993] 4 S.C.R. 223	666
R. v. Martel	(1986), 27 C.C.C. (3d) 508	526
R. v. Martin	(1986), 32 C.C.C. (3d) 257	526
R. v. Martineau	[1990] 2 S.C.R. 633	818
R. v. McMillan	(1975), 23 C.C.C. (2d) 160	139
R. v. Mellenthin	[1992] 3 S.C.R. 615	74
R. v. Meltzer	[1989] 1 S.C.R. 1764	521
R. v. Monopolies and Mergers Commission	[1986] 1 W.L.R. 763	229
R. v. Monteleone	[1987] 2 S.C.R. 154	650
R. v. Morgentaler	[1988] 1 S.C.R. 30	865
R. v. Morin	[1988] 2 S.C.R. 345	644, 654, 786
R. v. Nelson	(1992), 71 C.C.C. (3d) 449	13
R. v. Nelson	[1993] O.J. No. 1899 (QL)	581
R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society	[1992] 2 S.C.R. 606	785, 867
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	349
R. v. Osborn	[1971] S.C.R. 184	612
R. v. Paquette	(1974), 19 C.C.C. (2d) 154	643
R. v. Parmar	(1987), 34 C.C.C. (3d) 260	478, 506
R. v. Parmar	(1987), 37 C.C.C. (3d) 300	507
R. v. Parmar	(1989), 53 C.C.C. (3d) 489	507
R. v. Pascoe	(1987), 32 C.C.C. (3d) 61	526
R. v. Penno	[1990] 2 S.C.R. 865	780, 866
R. v. Pilcher	(1974), 60 Cr. App. R. 1	576, 596
R. v. Pinske	(1988), 30 B.C.L.R. (2d) 114	652
R. v. Playford	(1987), 40 C.C.C. (3d) 142	519
R. v. Potvin	[1993] 2 S.C.R. 880	615, 644
R. v. Prue	[1979] 2 S.C.R. 547	826
R. v. Rosik	(1970), 2 C.C.C. (2d) 351	667
R. v. Ross	(1985), 26 C.C.C. (3d) 264	525
R. v. Rowbotham	(1984), 42 C.R. (3d) 164	526
R. v. Rowbotham	(1988), 41 C.C.C. (3d) 1	494, 519, 854
R. v. S. (P.L.)	[1991] 1 S.C.R. 909	146
R. v. S. (P.R.)	(1987), 38 C.C.C. (3d) 109	857
R. v. Sabloff	J.E. 80-73	524
R. v. Sault Ste. Marie	[1978] 2 S.C.R. 1299	813
R. v. Scopelliti	(1981), 63 C.C.C. (2d) 481	139
R. v. Scott	(1984), 79 Cr. App. R. 49	596
R. v. Scott	[1990] 3 S.C.R. 979	544, 615
R. v. Seaboyer	[1991] 2 S.C.R. 577	141
R. v. Sharma	[1993] 1 S.C.R. 650	259, 275
R. v. Sklar	Unreported/Inédit, B.C.S.C., October 17, 1975	524

NAME OF CASE / INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED / RENVOI	PAGE
R. v. Smith	(1900), 17 S.C. 561	831
R. v. Smith	[1990] 1 S.C.R. 991	664
R. v. Smith	[1991] 1 S.C.R. 714	638, 651
R. v. Smith	[1992] 2 S.C.R. 915	854
R. v. Sparrow	[1990] 1 S.C.R. 1075	177
R. v. Squire	[1977] 2 S.C.R. 13	142
R. v. Stacey	Unreported/Inédit, Ont. H.C., May 20, 1986	526
R. v. Stensrud and Smith	(1987), 56 Sask. R. 44	526
R. v. Stinchcombe	[1991] 3 S.C.R. 326	478, 515, 578
R. v. Symes	[1993] 4 S.C.R. 695	727
R. v. T. (V.)	[1992] 1 S.C.R. 749	624
R. v. Théroux	[1993] 2 S.C.R. 5	759
R. v. Tregear	[1967] 2 Q.B. 574	859
R. v. Tremblay	[1993] 2 S.C.R. 932	584
R. v. Turpin	[1989] 1 S.C.R. 1296	875
R. v. Vaillancourt	[1987] 2 S.C.R. 636	767, 809
R. v. Verrette	[1978] 2 S.C.R. 838	624
R. v. Voykin	(1986), 29 C.C.C. (3d) 280	618, 639
R. v. W.(D.)	[1991] 1 S.C.R. 742	15
R. v. W. (R.)	[1992] 2 S.C.R. 122	567, 590, 663
R. v. Wai Ting Li (No. 1)	[1976] 6 W.W.R. 128	521
R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)	(1977), 32 C.C.C. (2d) 363	520
R. v. Whittle	(1992), 78 C.C.C. (3d) 49	618, 647
R. v. Wholesale Travel Group Inc.	[1991] 3 S.C.R. 154	815
R. v. Whyte	[1988] 2 S.C.R. 3	810
R. v. Wild	(1993), 24 B.C.A.C. 241	668
R. v. Williams	(1985), 18 C.C.C. (3d) 356	140, 853
R. v. Wood	(1986), 26 C.C.C. (3d) 77	525
R. v. Yaeck	(1991), 68 C.C.C. (3d) 545	140
R. v. Yebes	[1987] 2 S.C.R. 168	663
R. v. Young	(1984), 40 C.R. (3d) 289	613
R. v. Zito	[1990] 2 S.C.R. 1520	519
R.L. Crain Inc. v. Hendry	(1988), 48 D.L.R. (4th) 228	341
Rathwell v. Rathwell	[1978] 2 S.C.R. 436	548
Ratych v. Bloomer	[1990] 1 S.C.R. 940	373, 395
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.) (Prostitution Reference)	[1990] 1 S.C.R. 1123	867
Regina and Collos, Re	(1977), 37 C.C.C. (2d) 405	522
Regina and Kozak, Re	(1976), 32 C.C.C. (2d) 235	522
Regina and R.I.C., Re	(1986), 32 C.C.C. (3d) 399	567
Reilly v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 396	12
Reine du chef du Canada (La) c. Saskatchewan Wheat Pool	[1983] 1 R.C.S. 205	678, 694
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code Criminel (Man.) (Renvoi sur la prostitution)	[1990] 1 R.C.S. 1123	867
Rinas v. City of Regina	(1983), 26 Sask. R. 132	683

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Rio Hotel Ltd. c. Commission des licences et permis d'alcool	[1986] 2 R.C.S. ix	347
Rio Hotel Ltd. v. Commission des licences et permis d'alcool	[1986] 2 S.C.R. ix	347
Robillard v. The Queen	[1978] 2 S.C.R. 728	571, 592
Rogers v. City of Toronto	(1915), 33 O.L.R. 89	239, 274
Roma Electric Light and Power Co. v. Hair	[1955] St.R.Qd. 311	94
Roncarelli v. Duplessis	[1959] S.C.R. 121	261, 269
Rourke v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 1021	612
Roviaro v. United States	353 U.S. 53 (1957)	533
Rowling v. Takaro Properties Ltd.	[1988] A.C. 473	425
Royal Commission Inquiry into the Activities of Royal American Shows Inc. (No.3), Re	(1978), 40 C.C.C. (2d) 212	521

S

Schon v. Hodgins	[1988] O.J. No. 743 (QL)	683
Schtraks v. Government of Israel	[1964] A.C. 556	298, 309
Semenoff v. Kokan	(1991), 59 B.C.L.R. (2d) 195	126
Shaw Estate v. Roemer	(1982), 51 N.S.R. (2d) 229	683
Shearman v. Folland	[1950] 1 All E.R. 976	398
Sigal v. City of Detroit	362 N.W.2d 886 (1985)	97
Sinclair v. Director of Public Prosecutions	[1991] 2 All E.R. 366	298, 302
Skelton v. Collins	(1966), 115 C.L.R. 94	126
Smith v. White City (Village)	(1989), 81 Sask. R. 79	251
Smythe v. The Queen	[1971] S.C.R. 680	624
Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans and Labour Standards Tribunal (N.S.)	[1989] 1 S.C.R. 238	620
Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)	[1981] 2 S.C.R. 494	543
Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)	[1981] 2 R.C.S. 494	543
Stamp v. The Queen in right of Ontario	(1984), 47 O.R. (2d) 214	683
State of New Jersey v. Garcia	618 A.2d 326 (1993)	535
Stein c. Le navire "Kathy K"	[1976] 2 R.C.S. 802	121, 695
Stein v. The Ship "Kathy K"	[1976] 2 S.C.R. 802	121, 695
Steinberg v. United States	162 F.2d 120 (1947)	860
Stewart and The Queen, Re	(1976), 30 C.C.C. (2d) 391	521
Sutherland Shire Council v. Heyman	(1985), 157 C.L.R. 424	425
Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)	[1994] 1 R.C.S. 445	424
Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)	[1994] 1 S.C.R. 445	424
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick	[1979] 2 R.C.S. 227	247
Syndicat des camionneurs, section locale 938 c. Massicotte	[1982] 1 R.C.S. 710	247

NAME OF CASE / INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED / RENVOI	PAGE

T

Taranaki Electric-Power Board v. Proprietors of Puketapu 3A Block, Inc.	[1958] N.Z.L.R. 297	97
Taylor and the City of Winnipeg, Re	(1896), 11 Man. R. 420	277
Taylor v. Barclay	(1828), 2 Sim. 213, 57 E.R. 769	310
Teamsters Union, Local 938 v. Massicotte	[1982] 1 S.C.R. 710	247
Thatcher v. The Queen	[1986] 2 W.W.R. 97	594
Thorne's Hardware Ltd. v. The Queen	[1983] 1 S.C.R. 106	250
Thurmeier v. Bray	(1990), 83 Sask. R. 183	682
Transhelter Group Inc. v. Committee on Works and Operations	(1984), 27 M.P.L.R. 244	239
Tremblay v. Daigle	[1989] 2 S.C.R. 530	339
Trial of Lothar Eisentrager	14, Law Reports of Trials of War Criminals 8 (1949)	732
Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal	vol. 22, (1946) (Official Text in the English Language)	729, 836
Trieger v. Canadian Broadcasting Corp.	(1988), 54 D.L.R. (4th) 143	338
Tubb v. Lief	[1932] 3 W.W.R. 245	400

U

United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)	[1992] 1 R.C.S. 901	785
United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)	[1992] 1 S.C.R. 901	785
United States v. Bevans	24 Fed. Cas. 1138 (1816)	831
United States v. Browne	313 F.2d 197 (1963)	860
United States v. Cantor	470 F.2d 890 (1972)	535
United States v. D'Alfonso	357 F. Supp. 1341 (1973)	535
United States v. Danovaro	877 F.2d 583 (1989)	535
United States v. Garramone	374 F. Supp. 256 (1974)	535
United States v. Gaubert	111 S.Ct. 1267 (1991)	425
United States v. Giannattasio	979 F.2d 98 (1992)	628
United States v. Liddy	509 F.2d 428 (1974)	860
United States v. Lutwak	195 F.2d 748 (1952)	859
United States v. Marzano	149 F.2d 923 (1945)	859
United States v. Myers	550 F.2d 1036 (1977)	144
United States v. Ostrer	422 F. Supp. 93 (1976)	861
United States v. Pape	144 F.2d 778 (1944)	860
United States v. Redondo-Lemos	955 F.2d 1296 (1992)	627
United States of America v. Cotroni	[1989] 1 S.C.R. 1469	308, 624
United States of America v. Shephard	[1977] 2 S.C.R. 1067	304

V

Vancouver General Hospital v. Stoffman	(1985), 23 D.L.R. (4th) 146	346
Vetrovec v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 811	148

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Vézeau v. The Queen	[1977] 2 S.C.R. 277	618, 642
Vézina v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 2	590
Ville de Kamloops c. Nielsen	[1984] 2 R.C.S. 2	679
Ville de Prince George c. Payne	[1978] 1 R.C.S. 458	244

W

Wallace v. Berrigan	(1988), 47 D.L.R. (4th) 752	683
Warren v. Coombes	(1979), 142 C.L.R. 531	695
Watkins v. Olafson	[1989] 2 S.C.R. 750	416
Webb and Ontario Housing Corp., Re	(1978), 93 D.L.R. (3d) 187	239
Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg	[1971] S.C.R. 957	273
Welch v. The King	[1950] S.C.R. 412	629
West Rand Central Gold Mining Co. v. The King	[1905] 2 K.B. 391	762
Wheeler v. Leicester City Council	[1985] A.C. 1054	257
White v. The King	[1947] S.C.R. 268	643
Wilband v. The Queen	[1967] S.C.R. 14	667
Wildman v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 311	146
Wilson v. The Queen	[1983] 2 S.C.R. 594	479, 503
Wiswell v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg	[1965] S.C.R. 512	273
Wright v. Doe	(1837), 7 AD. & E. 313, 112 E.R. 488	523

Y

Young v. United States	107 F.2d 490 (1939)	860
Yuan v. Farstad	(1967), 62 W.W.R. 645	683

STATUTES AND REGULATIONS CITED

PAGE

C

Canada-Newfoundland Atlantic Accord Implementation Act, S.C. 1987, c. 3
- s. 47 "significant discovery", significant discovery area ... 202
- s. 71(1) ... 202
- s. 71(4) ... 202
- s. 124 ... 202
- s. 127(2) ... 202

Canada-Newfoundland Atlantic Accord Implementation (Newfoundland) Act, S.N. 1986, c. 37 ... 202

Canada Oil and Gas Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 81
- s. 44(1) ... 202
- s. 44(3) ... 202

Canadian Charter of Rights and Freedoms
- s. 1 ... 20, 311
- s. 2(b) ... 311
- s. 2(d) ... 150
- s. 6(1) ... 286
- s. 7 ... 150, 469
- s. 8 ... 20
- s. 11(d) ... 469
- s. 24(1) ... 311
- s. 24(2) ... 20

Constitution Act, 1867
- s. 91(27) ... 20
- s. 91(29) ... 878
- s. 92(10)(a) ... 878

Coroners Act, R.S.O. 1980, c. 93
- s. 16(2) ... 20
- s. 16(4) ... 20
- s. 16(5) ... 20
- s. 27 ... 20
- s. 31(2) ... 20

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34
- s. 178.14(1)(a)(ii) ... 469

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46
- s. 6(2) ... 286
- s. 34(2) ... 3
- s. 187 ... 469
- s. 265(1) ... 3
- s. 465(3) ... 286
- s. 465(4) ... 286
- s. 686(1)(a) ... 656
- s. 686(1)(b)(iii) ... 3, 129, 355, 469
- s. 686(4) ... 601

Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, c. 86
- s. 3(2)(f) ... 420

E

Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467
- s. 5(1) ... 159
- s. 8 ... 159
- s. 10(2) ... 159
- s. 12 ... 159

Expropriation Act, R.S.N.S. 1989, c. 156
- s. 70(f) ... 445
- s. 71 ... 445

Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23
- s. 13 ... 286
- s. 18(1)(b) ... 286
- s. 22 ... 286

Extradition Treaty Between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3
- Art. 1 ... 286
- Art. 3 ... 286
- Art. 3(3) ... 286
- Art. 4(1)(iii) ... 286

PAGE

Art. 8 286
Art. 10 286

H

Highway Act, R.S.B.C. 1979, c. 167 420

M

Maintenance of Ports Operations Act, 1986, S.C. 1986, c. 46 150

N

National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7
s. 2 159
s. 119.06(2) 159
s. 119.08 159

National Energy Board Part VI Regulations, C.R.C. 1978, c. 1056
s. 6 159

O

Occupiers Liability Act, R.S.B.C. 1979, c. 303
s. 8 420

P

Power Corporation Act, R.S.O. 1980, c. 384
s. 99 80

Proceedings against the Crown Act, R.S.N.S. 1989, c. 360
s. 5(1)(a) 445

Public Highways Act, R.S.N.S. 1989, c. 371
s. 4 445
s. 5 445

PAGE

R

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74
s. 27 311

S

Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26
s. 65.1 311
s. 97(1)(a) 311

T

Tobacco Products Control Act, R.S.C., 1985, c. 14 (4th Supp.), S.C. 1988, c. 20
s. 3 311
s. 9 311
ss. 11 to 16 311
s. 17(f) 311
s. 18 311

Tobacco Products Control Regulations, amendment, SOR/93-389 311

V

Vancouver Charter, S.B.C. 1953, c. 55 231

Y

Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1
s. 56 881

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

PAGE

C

Canada-Newfoundland Atlantic Accord Implementation (Newfoundland) Act, S.N. 1986, ch. 37 202

Charte canadienne des droits et libertés
art. 1 ..... 20, 311
art. 2b) 311
art. 2d) 150
art. 6(1) 286
art. 7 ..... 150, 469
art. 8 20
art. 11d) 469
art. 24(1) 311
art. 24(2) 20

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46
art. 6(2) 286
art. 34(2) 3
art. 187 469
art. 265(1) 3
art. 465(3) 286
art. 465(4) 286
art. 686(1)a) 656
art. 686(1)b)(iii) 3, 129, 355, 469
art. 686(4) 601

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34
art. 178.14(1)a)(ii) 469

Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, ch. 86
art 3(2)f) 420

D

Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467
art. 5(1) 159
art. 8 159
art. 10(2) 159
art. 12 159

E

Expropriation Act, R.S.N.S. 1989, ch. 156
art. 70f) 445
art. 71 445

H

Highway Act, R.S.B.C. 1979, ch. 167 420

L

Loi constitutionnelle de 1867
art. 91(27 20
art. 91(29) 878
art. 92(10)a) 878

Loi de 1986 sur les opérations portuaires, S.C. 1986, ch. 46 150

Loi de mise en œuvre de l'Accord atlantique CanadaTerre-Neuve, L.C. 1987, ch. 3
art. 47 «découverte importante», périmètre de découverte importante 202
art. 71(1) 202
art. 71(4) 202
art. 124 202
art. 127(2) 202

Loi réglementant les produits du tabac, L.R.C. (1985), ch. 14 (4e suppl.), L.C. 1988, ch. 20
art. 3 311
art. 4 à 8 311
art. 9 311
art. 11 à 16 311
art. 17f) 311

PAGE

art. 18 311

Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23
art. 13 286
art. 18(1)b) 286
art. 22 286

Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), ch. N-7
art. 2 159
art. 119.06(2) 159
art. 119.08 159

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26
art. 65.1 311
art. 97(1)a) 311

Loi sur le pétrole et le gaz du Canada, S.C. 1980-81-82-83, ch. 81
art. 44(1) 202
art. 44(3) 202

Loi sur les coroners, L.R.O. 1980, ch. 93
art. 16(2) 20
art. 16(4) 20
art. 16(5) 20
art. 27 20
art. 31(1) 20
art. 31(2) 20

Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1
art. 56 881

O

Occupiers Liability Act, R.S.B.C. 1979, ch. 303
art. 8 420

P

Power Corporation Act, R.S.O. 1980, ch. 384
art. 99 80

PAGE

Proceedings against the Crown Act, R.S.N.S. 1989, ch. 360
art. 5(1)a) 445

Public Highways Act, R.S.N.S. 1989, ch. 371
art. 4 445
art. 5 445

R

Règlement sur l'Office national de l'énergie (Partie VI), C.R.C. 1978, ch. 1056
art. 6 159

Règlement sur les produits du tabac — Modification, DORS/93-389 311

Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74
art. 27 311

T

Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 nº 3
art. 1 286
art. 3 286
art. 3(3) 286
art. 4(1)(iii) 286
art. 8 286
art. 10 286

V

Vancouver Charter, S.B.C. 1953, ch. 55 231

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

PAGE

American Law Institute. *Restatement (Third) of the Law, the Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1987 732

Annot., 53 A.L.R. Fed. 498 859

Annot., 67 A.L.R.2d 538 859

Archbold, John Frederick. *Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases*, 45th ed. General editor, P. J. Richardson. London: Sweet & Maxwell, 1993 857

Arrowsmith, Sue. *Government Procurement and Judicial Review*. Toronto: Carswell, 1988 239

Bailey, S. H., and M. J. Bowman, "The Policy/Operational Dichotomy — A Cuckoo in the Nest", [1986] *Cambridge L.J.* 430 425

Bakker, Jeanne L. "The Defense of Obedience to Superior Orders: The Mens Rea Requirement" (1989), 17 *Am. J. Crim. L.* 55 837

Bala, Nicholas, and Martha Bailey. "Canada: Recognizing the Interests of Children" (1992-93), 31 *J. Fam. L.* 283 591

Bassiouni, M. Cherif. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1992 ..... 761, 811

Bellemare, Daniel A. *L'écoute électronique au Canada*. Montréal: Yvon Blais, 1981 522

Brown, Craig, and Julio Menezes. *Insurance Law in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991 371

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990 ..... 732, 806

Canada. Chambre des communes. Comité législatif sur le projet de loi C-6. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule nº 1, le 4 novembre 1986, p. 1:48 221

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, 2e sess., 33e lég., le 2 mars 1987, p. 3707 223

Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. *Infractions sexuelles à l'égard des enfants*, vol. 1. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1984 591

Canada. Commission d'enquête sur les criminels de guerre. *Rapport de la Commission d'enquête sur les criminels de guerre, Partie I: Publique.* Jules Deschênes, Commissaire. Ottawa: La Commisssion, 1986 ..... 724, 807

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 29. *Droit pénal — Partie générale: responsabilité et moyens de défense*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1982 12

Canada. Commission de réforme du droit. *Notre droit pénal*. Ottawa: Information Canada, 1976 765

Canada. Commission of Inquiry on War Criminals. *Commission of Inquiry on War Criminals Report, Part I: Public.* Jules Deschênes, Commissioner. Ottawa: The Commission, 1986 ..... 724, 807

Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. *Sexual Offences Against Children*, vol. 1. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984 591

Canada. Department of Justice, Research Section. *Sexual Assault Legislation in Canada: An Evaluation* (Report No. 5). Ottawa: Department of Justice Canada, 1990 591

Canada. Énergie, Mines et Ressources Canada. *La politique canadienne de l'électricité.* Ottawa: Énergie, Mines et Ressources Canada, 1988 177

Canada. Energy, Mines and Resources Canada. *Canadian Electricity Policy.* Ottawa: Energy, Mines and Resources Canada, 1988 177

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, 2nd Sess., 33rd Parl., March 2, 1987, p. 3707 223

Canada. House of Commons. Legislative Committee on Bill C-6. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 1, November 4, 1986, p. 1:48 221

Canada. Law Reform Commission. *Our Criminal Law.* Ottawa: Information Canada, 1976 765

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 29. *Criminal Law — The General Part: Liability and Defences.* Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1982 12

Canada. Minister of National Health and Welfare. Regulatory Impact Analysis Statement. (Statement following *Tobacco Products Control Regulations, amendment*, SOR/93-389.) In *Canada Gazette*, Part II, vol. 127, No. 16, p. 3284 352

Canada. Ministère de la Justice, Section de la recherche. *La loi sur les agressions sexuelles au Canada, une évaluation* (rapport nº 5). Ottawa: Ministère de la Justice du Canada, 1990 591

Canada. Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social. Résumé de l'étude d'impact de la réglementation. (Résumé accompagnant le *Règlement sur les produits du tabac*, DORS/93-389.) Dans *Gazette du Canada*, partie II, vol. 127, nº 16, p. 3284 352

Canada. National Energy Board. *The Regulation of Electricity Exports: Report of an Inquiry By a Panel of the National Energy Board Following a Hearing in November and December 1986.* Ottawa: The Board, 1987 177

Canada. Office national de l'énergie. *Réglementation fédérale des exportations d'électricité: Rapport concernant une enquête par un comité de l'Office national de l'énergie suite à une audience en novembre et décembre 1986,* Ottawa: L'Office, 1987 177

Canada. Parlement. Comité mixte spécial sur la Constitution du Canada. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, fascicule nº 41 (20 janvier 1981) et fascicule nº 47 (28 janvier 1981). Première session de la trente-deuxième législature, 1980-1981. Ottawa: Imprimeur de la Reine 784

Canada. Parliament. Special Joint Committee on the Constitution of Canada. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, Issue no. 41 (January 20, 1981) and Issue no. 47 (January 28, 1981) . First Session of the Thirty-second Parliament, 1980-81. Ottawa: Queen's Printer, 1981 784

Cassels, Jamie. "An Inconvenient Balance: The Injunction as a Charter Remedy". In Jeffrey Berryman, ed. *Remedies: Issues and Perspectives.* Scarborough, Ont.: Carswell, 1991, 271 343

Cohen, David, and J. C. Smith. "Entitlement and the Body Politic: Rethinking Negligence in Public Law" (1986), 64 *Can. Bar Rev.* 1 425

Cohen, Stanley A. *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada.* Toronto: Carswell, 1983 522

Cooper-Stephenson, Kenneth D., and Iwan B. Saunders. *Personal Injury Damages in Canada.* Toronto: Carswell, 1981 128

PAGE

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990 224

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Translated by Katherine Lippel, John Philpot and William Schabas. Cowansville: Yvon Blais, 1991 224

Cross, Rupert, Sir. *Cross on Evidence*, 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990 ..... 523, 857

David, Hillel. "An Update on Collateral Benefits: Ratych v. Bloomer" (1992), 14 *Advocates' Q.* 221 392

David, Hillel. "Collateral Benefits: Ratych v. Bloomer", (1990), 12 *Advocates' Q.* 124 392

Delisle, R. J. "Children as Witnesses: The Problems Persist" (1994), 25 C.R. (4th) 39 668

Dinstein, Yoram. *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law*. Leyden, The Netherlands: A. W. Sijthoff, 1965 ..... 777, 833

Dougans, Gillian. "Collateral Benefits: Some Further Thoughts" (1991), 49 *Advocate* 43 392

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983 219

Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf) 578

Fairburn, Michal. «Case Comment: *R. v. Colarusso*» (1992), 4 *J.M.V.L.* 34 65

Fenrick, W. J. "The Prosecution of War Criminals in Canada" (1989), 12 *Dalhousie. L. J.* 256 777

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 8th ed. Sydney: Law Book Co., 1992 ..... 460, 694, 376

Frase, Richard S. "The Decision to File Federal Criminal Charges: A Quantitative Study of Prosecutorial Discretion" (1979-1980), 47 *U. Chi. L. Rev.* 246 626

Garant, Patrice. *Droit administratif*, 3e éd., vol. 2. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991 621

Granger, Christopher. *Canadian Coroner Law*. Toronto: Carswell, 1984 69

Green, Leslie Claude. "Canadian Law, War Crimes and Crimes Against Humanity" (1988), 59 *Brit. Y.B. Int'l L.* 217 773

Green, Leslie Claude. *International Law: A Canadian Perspective*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1988 751

Green, Leslie Claude. "Superior Orders and Command Responsibility" (1989), 27 *Can. Y.B. Int'l L.* 167 826

Green, Leslie Claude. "Superior Orders and the Reasonable Man". In *Essays on the Modern Law of War*. Dobbs Ferry, N.Y.: Transnational Publishers, 1985 828

Green, Leslie Claude. *Superior Orders in National and International Law*. Leyden, The Netherlands: A. W. Sijthoff, 1976 777

Green, Leslie Claude. "The Defence of Superior Orders in the Modern Law of Armed Conflict" (1993), 31 *Alta. L. Rev.* 320 778

Greenspan, Morris. *The Modern Law of Land Warfare*. Berkeley: University of California Press, 1959... 836

Halsbury's Laws of England, vol. 17, 4th ed. London: Butterworths, 1976 523

Hébert, Jean-Claude. "Le contrôle judiciaire de certains pouvoirs de la couronne", dans *Droit pénal — Orientations nouvelles*. Formation permanente, Barreau du Québec. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1987, 129 621

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 620

Hor, Michael. "The Privilege against Self-Incrimination and Fairness to the Accused", [1993] *Singapore J. Legal Stud.* 35 577

Kelsen, Hans. "The Rule Against *Ex Post Facto* Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals" (1945), 2:3 *Judge Advocate J.* 8 873

Kelsen, Hans. "Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?" (1947), 1 *Int'l L.Q.* 153 873

Klar, Lewis N. "The Supreme Court of Canada: Extending the Tort Liability of Public Authorities" (1990), 28 *Alta. L. Rev.* 648 425

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993 416

Lachs, Manfred. *War Crimes: An Attempt to Define the Issues.* London: Stevens & Sons, 1945 751

LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, vol. 1, 2nd ed. St. Paul: West Publishing Co., 1987 & Supp. 1993 536

La Forest, Anne Warner. *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991 306

Lauterpacht, Hersch. "The Law of Nations and the Punishment of War Crimes" (1944), 21 *Brit. Y.B. Int'l L.* 58 839

Lezak, Sidney I. and Maureen Leonard. "The Prosecutor's Discretion: Out of the Closet — Not Out of Control" (1984), 63 *Or. L. Rev.* 247 628

Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 5th ed. Toronto: Butterworths, 1993 680

Makuch, Stanley M. *Canadian Municipal and Planning Law.* Toronto: Carswell, 1983 ..... 244, 275

Marshall, T. David. *Canadian Law of Inquests: a Handbook for Coroners, Medical Examiners, Counsel and the Police*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Pub. Canada, 1991 69

Matas, David. *Justice Delayed: Nazi War Criminals in Canada.* By David Matas with Susan Charendoff. Toronto: Summerhill Press, 1987 872

Maxwell-Fyfe, David, Sir. Foreword. In R. W. Cooper, *The Nuremberg Trial.* London: Penguin Books, 1947 736

McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, vol. 1, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992 ..... 139, 859

McDonald, Ann. "In the Public Interest: Judicial Review of Local Government" (1983), 9 *Queen's L.J.* 62 241

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf) 577, 857

Morgan, Donna C. "Controlling Prosecutorial Powers – Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of The Charter" (1986-87), 29 *Crim. L.Q.* 15 621

Nations Unies. Assemblée générale. Résolutions des Nations Unies sur les *Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtiment des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité.* A.G. Rés. 3074, 28 N.U. AGDO, suppl. (nº 30) 85; Doc. A/9030 N.U. (1973) 732

Nations Unies. Commission du droit international. Principes du droit international consacrés par le statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal. N.U. AGDO, 5e sess., suppl. nº 12 (A/1316) 730

Newark, Michael and Alec Samuels. "Let the Judge Call the Witness", [1969] *Crim. L. Rev.* 399 857

Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on Compensation for Personal Injuries and Death.* Toronto: Ministry of the Attorney General, 1987 387

Ontario. Law Reform Commission. *Report on Compensation for Personal Injuries and Death.* Toronto: Ministry of the Attorney General, 1987 418

Ontario. *Report of Inquiry into Motor Vehicle Accident Compensation in Ontario*, vol. 1. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1988 371

Oppenheim, L. *International Law: A Treatise*, 6th ed., vol. 2. Edited by H. Lauterpacht. London: Longmans, Green and Co., 1944 778

Oxford English Dictionary, vol. IV, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "discovery" 218

Paciocco, David M. *Charter Principles and Proof in Criminal Cases.* Toronto: Carswell, 1987 579

Pépin, Gilles. "La compétence des tribunaux administratifs de décider de la constitutionnalité d'une loi, notamment de sa compatibilité avec la *Charte canadienne des droits et libertés*", in Canadian Bar Association -- Continuing Legal Education Seminar on Administrative Law, *Administrative Law: Past Present and Future Where We've Been.* Ottawa: 1989 621

Perell, Paul M. "Negligence Claims Against Public Authorities" (1994), 16 *Advocates' Q.* 48 425

Phipson, Sidney Lovell. *Phipson on Evidence*, 14th ed. By Michael Newman Howard, Peter Crane and Daniel A. Hochberg. London: Sweet & Maxwell, 1990 857

Québec. *Code civil du Québec: Commentaires du ministre de la Justice.* Montréal: DACFO Inc., 1993 401

Ramsay, J. A. "Prosecutorial Discretion: A Reply to David Vanek" (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 378 623

Reiss, Steven Alan. "Prosecutorial Intent in Constitutional Criminal Procedure" (1987), 135 *U. Pa. L. Rev.* 1365 626

Rogers, Ian MacFee. *The Law of Canadian Municipal Corporations*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1971 (looseleaf) 248, 275

Schwarzenberger, Georg. *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, vol. 2, *The Law of Armed Conflict.* London: Stevens & Sons, 1968 830

Schwelb, Egon. "Crimes Against Humanity" (1946), 23 *Brit. Y.B. Int'l L.* 178 ..... 765, 871

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1992 (loose-leaf) 335

Shuman, Daniel W. "The Psychology of Deterrence in Tort Law" (1993), 42 *Kan. L. Rev.* 115 383

Smillie, J. A. "Liability of Public Authorities for Negligence" (1985), 23 *U.W.O. L. Rev.* 213 425

Smith, J. C. and Brian Hogan. *Criminal Law*, 7th ed. London: Butterworths, 1992 ..... 759, 864

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada.* Toronto: Butterworths, 1992 ..... 139, 857

Stenning, Philip C. "One Blind Man To See Fair Play: The Judge's Right To Call Witnesses" (1974), 24 C.R.N.S. 49 857

Stone, Julius. *Legal Controls of International Conflict.* Holmes Beach, Florida: Wm. W. Gaunt & Sons, Inc., 1974 874

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1987 12

Szegedi uj Nemzedék, April 9, 1944 817

Taylor, Christopher A. "When is a Loss Not a Loss?: The Deductibility of Collateral Benefits After Ratych v. Bloomer" (1990), 12 *Advocates' Q.* 231 392

Temby, Ian. "Prosecution Discretions and the Director of Public Prosecutions Act 1983" (1985), 59 *Austl. L.J.* 197 629

Todd, Stephen M. D., ed. *The Law of Torts in New Zealand.* Sydney: Law Book Co., 1991 695

Triggs, Gillian. "Australia's War Crimes Trials: A Moral Necessity or Legal Minefield?" (1987), 16 *M.U.L.R.* 382 806

United Nations. General Assembly. United Nations Resolution on *Principles of international cooperation in the detection, arrest, extradition, and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity.* G.A. Res. 3074, 28 U.N. GAOR, Supp. (No. 30) 78; U.N. Doc. A/9030 (1973) 732

United Nations. International Law Commission. *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal.* U.N. GAOR, 5th Sess., Supp. No. 12 (A/1316) 730

Vanek, David. "Prosecutorial Discretion" (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 219 622

Wade, William, Sir. *Administrative Law*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988 228

Watt, David. *Law of Electronic Surveillance in Canada*. Toronto: Carswell, 1979 522

Wigmore, John Henry. *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1, 3rd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1940 ..... 139, 523

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. IA. Revised by Peter Tillers. Boston: Little, Brown & Co., 1983 847

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961 536

Williams, S. A. and A. L. C. de Mestral. *An Introduction to International Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1987 732

Woodall, M. Kevin. "Private Law Liability of Public Authorities for Negligent Inspection and Regulation" (1992), 37 *McGill L.J.* 83 425

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Imre Finta *Respondent*

and

Canadian Holocaust Remembrance Association, League for Human Rights of B'Nai Brith Canada, Canadian Jewish Congress and InterAmicus *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* FINTA

File Nos.: 23023, 23097.

1993: June 2, 3; 1994: March 24.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — War crimes and crimes against humanity — Nature and proof of offences — Allegations arising from detention, robbery and deportation to concentration camps of Jewish persons in Nazi-controlled World War II Europe — Defence of police officer following lawful orders — Trial judge calling own evidence — Whether war crimes and crimes against humanity separate crimes from included Criminal Code offences or whether Code provisions jurisdictional allowing Canadian courts to exercise jurisdiction in situations of war crimes or crimes against humanity over criminal activity occurring abroad — Whether necessary for the jury to decide, beyond a reasonable doubt not only guilt under applicable Criminal Code charges but also whether acts war crimes and/or crimes against humanity — Whether requisite mens rea for each offence requiring the Crown to prove intent to commit criminal offence and knowledge of factual characteristics of war crimes and/or crimes against humanity — Whether "peace officer defence" available and nature of that defence — Whether trial judge's instructions to the jury adequately overcoming prejudice caused by defence counsel's inflammatory and improper jury address — Whether police statement and deposition of deceased person admissible even though within recognized exception to the hearsay rule — Whether trial judge properly calling own evidence — Whether trial judge's instruc-

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Imre Finta *Intimé*

et

Canadian Holocaust Remembrance Association, Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada, Congrès juif canadien et InterAmicus *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* FINTA

N^os^ du greffe: 23023, 23097.

1993: 2, 3 juin; 1994: 24 mars.

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

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

Droit criminel — Crimes de guerre et crimes contre l'humanité — Nature et preuve des infractions — Allégations découlant de la détention et de la déportation dans des camps de concentration de Juifs, et de vols commis contre eux, dans l'Europe de la Seconde Guerre mondiale dominée par les Nazis — Moyen de défense du policier obéissant à des ordres légaux — Preuve déposée par le juge du procès — Les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité constituent-ils des crimes distincts des infractions incluses du Code criminel ou les dispositions du Code sont-elles attributives de compétence permettant aux tribunaux canadiens d'exercer leur compétence dans les cas de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité survenus à l'étranger? — Le jury doit-il décider, hors de tout doute raisonnable, non seulement la culpabilité relativement aux accusations applicables du Code criminel mais aussi, si les actes constituent des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité ou les deux? — La mens rea requise pour chaque infraction exige-t-elle que le ministère public prouve l'intention de commettre une infraction criminelle et la connaissance des caractéristiques factuelles des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité? — La «défense de l'agent de la paix» peut-elle être invoquée et quelle est la nature de ce moyen de défense? — Les directives du juge du procès au jury ont-elles adéquatement réparé le préjudice causé par l'exposé incor-

tions to the jury relating to the Crown's identification evidence appropriate — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 6(2), 7(3.71)(a)(i), (ii), (iii), (b), (3.72), (3.74), (3.76), 15, 25(1), (2), (3), (4), 736.

Constitutional law — Charter of Rights — War crimes and crimes against humanity — Nature and proof of offences — Allegations arising from detention, robbery and deportation to concentration camps of Jewish persons in Nazi-controlled World War II Europe — Defence of police officer following lawful orders — Whether infringement of principles of fundamental justice (s. 7), the right to be informed without unreasonable delay of the specific offence (s. 11(a)), the right to trial within a reasonable time (s. 11(b)), the right to be presumed innocent (s. 11(d)), the requirement that an act or omission constitute an offence (s. 11(g)), the prohibition against cruel and unusual punishment (s. 12) or the equality guarantees (s. 15) — If so, whether infringement justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(a), (b), (d), (g), 12, 15.

Respondent, a legally trained captain in the Royal Hungarian Gendarmerie, was commander of an investigative unit at Szeged when 8,617 Jewish persons were detained in a brickyard, forcibly stripped of their valuables and deported under dreadful conditions to concentration camps as part of the Nazi regime's "final solution". The only authority for implementing this barbarous policy in Hungary was the Baky Order, a decree of the Hungarian Ministry of the Interior directed to a number of officials including the commanding officers of the gendarme (investigative) subdivisions. This order placed responsibility for executing the plan on the Gendarmerie and certain local police forces.

Respondent was charged under the *Criminal Code*, R.S.C. 1927, with unlawful confinement, robbery, kidnapping and manslaughter of the victims of Szeged. There were in effect four pairs of alternate counts — one series as crimes against humanity and the other as war crimes. After the war a Hungarian court tried respondent *in absentia* and convicted him of "crimes

rect et incendiaire de l'avocat de la défense au jury? — La déclaration à la police et la déposition d'une personne décédée sont-elles recevables bien que visées par les exceptions reconnues à la règle du ouï-dire? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur lorsqu'il a présenté sa propre preuve? — Les directives du juge du procès au jury relativement à la preuve d'identification du ministère public étaient-elles appropriées? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 6(2), 7(3.71)(a)(i), (ii), (iii), (b), (3.72), (3.74), (3.76), 15, 25(1), (2), (3), (4), 736.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Crimes de guerre et crimes contre l'humanité — Nature et preuve des infractions — Allégations découlant de la détention et de la déportation dans des camps de concentration de Juifs, et de vols commis contre eux, dans l'Europe de la Seconde Guerre mondiale dominée par les Nazis — Moyen de défense du policier obéissant à des ordres légaux — Y a-t-il eu violation des principes de justice fondamentale (art. 7), du droit d'être informé dans les plus brefs délais de l'infraction précise reprochée (art. 11a)), du droit à un procès dans un délai raisonnable (art. 11b)), du droit d'être présumé innocent (art. 11d)), de l'exigence selon laquelle une action ou une omission doit constituer une infraction (art. 11g)), de la protection contre les peines cruelles et inusitées (art. 12) ou des droits à l'égalité (art. 15) — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11a), b), d), g), 12, 15.

L'intimé, un capitaine de la Gendarmerie royale de la Hongrie ayant une formation juridique, était commandant d'une division des enquêtes à Szeged au moment où 8 617 Juifs on été séquestrés dans une briqueterie, dépossédés de leurs biens de valeur et déportés dans des conditions horribles dans des camps de concentration dans le cadre de la «solution finale» du régime nazi. Le pouvoir de mettre en œuvre cette politique barbare en Hongrie provenait du seul décret Baky, pris par le ministère hongrois de l'Intérieur et adressé à plusieurs représentants, dont les commandants des divisions des enquêtes de la Gendarmerie. Aux termes du décret, la Gendarmerie et certaines forces policières locales étaient chargées d'exécuter le plan.

L'intimé a été accusé de séquestration, de vol qualifié, d'enlèvement et d'homicide involontaire coupable commis contre les victimes de Szeged, en application du *Code criminel*, S.R.C. 1927. Il s'agissait en fait de quatre paires de chefs d'accusation subsidiaires — une série de crimes contre l'humanité et une autre de crimes de guerre. Après la guerre, un tribunal de la Hongrie a

against the people". His punishment in that country became statute-barred and he later benefitted from a general amnesty. The Hungarian trial and conviction were found to be nullities under Canadian law and the amnesty was found not to be a pardon. The pleas of *autrefois convict* or pardon were therefore not available. Expert opinion at trial was that the Baky Order was manifestly illegal and that a person trained in Hungarian law would have known so.

The Crown's case depended in large measure on the testimony of 19 witnesses who had been interned at Szeged and deported to the concentration camps. The evidence of these survivors fell into four general groups. Six witnesses who knew respondent before the events in issue testified as to things said and done by him at the brickyard and at the train station. A second group consisting of three witnesses who did not know respondent beforehand identified him as having said or done certain things at the brickyard and at the station. A third group consisting of three witnesses who did not know respondent beforehand also testified as to things said and done at the brickyard and at the station. However, this last group based their identification of respondent on statements made to them by others. The fourth group, consisting of eight witnesses who did not know respondent beforehand and did not identify him, gave evidence as to events at the brickyard and the train station. In addition to the evidence of the survivors, the Crown relied on photographs, handwriting and fingerprint evidence to identify respondent as a captain in the Gendarmerie at Szeged at the relevant time. Expert and documentary evidence was tendered to establish the historical context of the evidence, the relevant command structure in place in Hungary in 1944 and the state of international law in 1944.

During the trial, the trial judge, on behalf of the defence, called the evidence of two eye-witnesses, Ballo and Kemeny. The statement and minutes of a third witness, Dallos, whose testimony was given at respondent's Hungarian trial, was also admitted. Dallos, a survivor of the brickyard who died in 1963, gave evidence of the existence of a lieutenant who might have been in charge of the confinement and deportation of the Jews at the brickyard. The trial judge ruled that, although the evidence was of a hearsay nature, it was admissible. He also stated that, together with other evidence, it could

jugé l'intimé in absentia et l'a déclaré coupable de «crimes contre le peuple». Il est devenu impossible, en vertu d'une loi du pays, d'imposer la peine en Hongrie, et l'intimé a bénéficié d'une amnistie générale. Le procès tenu en Hongrie et la déclaration de culpabilité ont été jugés nuls au regard du droit canadien, et l'on a conclu que l'amnistie ne constituait pas un pardon. La défense d'autrefois convict ou de pardon ne pouvait donc pas être invoquée. Un expert a déclaré au procès que le décret de Baky était manifestement illégal et qu'une personne ayant reçu une formation sur les règles de droit de la Hongrie l'aurait su.

La preuve du ministère public reposait en grande partie sur la déposition de 19 témoins qui avaient été internés à Szeged et déportés dans les camps de concentration. Les témoignages de ces survivants se divisaient en quatre groupes généraux. Six témoins qui connaissaient l'intimé avant les événements en question ont témoigné sur les paroles et les actes de ce dernier à la briqueterie et à la gare. Le deuxième groupe était formé de trois témoins qui ne connaissaient pas l'intimé auparavant et qui ont pu témoigner que ce dernier avait dit ou fait certaines choses à la briqueterie et à la gare. Le troisième groupe réunissait trois témoins qui ne connaissaient pas l'intimé avant les événements et qui ont également témoigné sur ce qui a été dit et fait à la briqueterie et à la gare. Toutefois, les témoins de ce dernier groupe n'ont pu identifier l'intimé qu'en se fondant sur des déclarations que leur avait faites des tiers. Le quatrième groupe, composé de huit témoins qui ne connaissaient pas l'intimé avant les événements et ne l'ont pas identifié, a témoigné sur les événements survenus à la briqueterie et à la gare. Outre le témoignage des survivants, le ministère public a présenté des photographies et une preuve d'écriture et d'empreintes afin d'identifier l'intimé comme un capitaine de la Gendarmerie à Szeged à l'époque en question. On a soumis une preuve d'expert et une preuve documentaire afin d'établir le contexte historique des témoignages, le régime hiérarchique en place en Hongrie en 1944 et l'état du droit international à ce moment-là.

Le juge du procès a, pour le compte de la défense, cité deux témoins oculaires, Ballo et Kemeny. La déclaration et le compte rendu d'un troisième témoin, Dallos, qui a témoigné lors du procès de l'intimé en Hongrie, ont également été admis. Monsieur Dallos, un survivant de la briqueterie décédé en 1963, a témoigné de l'existence d'un lieutenant, qui pourrait avoir été chargé de la séquestration et de la déportation des Juifs à la briqueterie. Le juge du procès a conclu que, bien qu'il constitue du ouï-dire, le témoignage était recevable. Il a également déclaré que, joint à d'autres témoignages, il pour-

leave the jury with a reasonable doubt about the responsibility of respondent for confinement and brickyard conditions. The trial judge warned the jury in his charge about the hearsay nature of the evidence.

Respondent was acquitted at trial and a majority of the Court of Appeal dismissed the Crown's appeal from that acquittal. This judgment was appealed and cross-appealed.

Several issues were raised on appeal. Firstly, was s. 7(3.71) of the *Criminal Code* merely jurisdictional in nature or did it create two new offences, a crime against humanity and a war crime, and define the essential elements of the offences charged such that it was necessary for the jury to decide, beyond a reasonable doubt, not only whether the respondent was guilty of the 1927 *Criminal Code* offences charged, but also whether his acts constituted crimes against humanity and/or war crimes as defined in ss. 7(3.71) and 7(3.76)? Secondly, did the trial judge misdirect the jury as to the requisite *mens rea* for each offence by requiring the Crown to prove not only that the respondent intended to commit the 1927 *Criminal Code* offences charged, but also that he knew that his acts constituted war crimes and/or crimes against humanity as defined in s. 7(3.76)? Thirdly, did the trial judge err in putting the "peace officer defence" (s. 25 of the *Code*), the "military orders defence" and the issue of mistake of fact to the jury and did he misdirect the jury in the manner in which he defined those defences? Fourthly, did the trial judge's instructions to the jury adequately correct defence counsel's inflammatory and improper jury address so as to overcome the prejudice to the Crown and not deprive it of a fair trial? Fifth, was the Dallos "evidence" (police statement and deposition) admissible and, in particular, in finding it admissible even though it did not fall within any of the recognized exceptions to the hearsay rule? Sixth, did the trial judge err calling the Dallos evidence and the videotaped commission evidence as his own evidence, thereby making it unnecessary for the defence to do so and as a result depriving the Crown of its statutory right to address the jury last, and if so, did it result in a substantial wrong or miscarriage of justice? Seventh, were the trial judge's instructions to the jury

rait susciter chez le jury un doute raisonnable sur la responsabilité de l'intimé à l'égard de la séquestration et des conditions à la briqueterie. Dans son exposé, le juge du procès a signalé au jury qu'il s'agissait d'une preuve par ouï-dire.

L'intimé a été acquitté au procès et la Cour d'appel à la majorité a rejeté l'appel du ministère public contre l'acquittement. Un pourvoi et un pourvoi incident ont été formés contre cette décision.

Plusieurs questions ont été soulevées en appel. Premièrement, le par. 7(3.71) du *Code criminel* vise-t-il simplement la compétence, ou crée-t-il plutôt deux nouvelles infractions, un crime contre l'humanité et un crime de guerre; en outre, définit-il les éléments essentiels des infractions reprochées de manière que le jury devait décider hors de tout doute raisonnable non seulement si l'intimé était coupable des infractions reprochées en vertu du *Code criminel* de 1927, mais également si ses actes constituaient des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre ou les deux, aux termes des par. 7(3.71) et 7(3.76)? Deuxièmement, le juge du procès a-t-il donné des directives erronées au jury sur la *mens rea* requise relativement à chaque infraction en exigeant que le ministère public démontre non seulement que l'intimé avait l'intention de commettre les infractions visées au *Code criminel* de 1927 qui lui sont reprochées, mais qu'il savait que ses actes possédaient les caractéristiques factuelles des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité aux termes du par. 7(3.76)? Troisièmement, le juge du procès a-t-il commis une erreur lorsqu'il a présenté au jury la «défense de l'agent de la paix» (art. 25 du *Code*), la «défense fondée sur les ordres militaires» et la question de l'erreur de fait, et la manière dont il a défini ces moyens de défense constitue-t-elle une directive erronée? Quatrièmement, les directives du juge du procès au jury ont-elles adéquatement corrigé l'exposé incorrect et incendiaire de l'avocat de la défense de manière à réparer le préjudice subi par le ministère public et à ne pas le priver d'un procès équitable? Cinquièmement, le «témoignage» de Dallos (déclaration à la police et déposition) était-il recevable et, en particulier, même s'il n'était pas visé par les exceptions reconnues à la règle du ouï-dire? Sixièmement, le juge du procès a-t-il commis une erreur lorsqu'il a produit le témoignage de Dallos et les témoignages enregistrés sur bande vidéo par voie de commissions rogatoires comme ses propres éléments de preuve, privant ainsi le ministère public du droit que lui confère la loi de s'adresser au jury en dernier et, dans l'affirmative, cette erreur a-t-elle entraîné un tort important ou une erreur judiciaire grave? Septièmement, les directives du juge du procès au jury relati-

relating to the Crown's identification evidence appropriate.

The constitutional questions stated on the cross-appeal queried whether s. 7(3.74) and s. 7(3.76) of the *Code* violate ss. 7 (the principles of fundamental justice), 11(*a*) (the right to be informed without unreasonable delay of the specific offence), 11(*b*) (the right to trial within a reasonable time), 11(*d*) (the right to be presumed innocent), 11(*g*) (the requirement that an act or omission constitute an offence), 12 (the prohibition against cruel and unusual punishment) or 15 (the equality guarantees) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, whether they were justifiable under s. 1.

Held (La Forest, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Held: The cross-appeal should be dismissed. Sections 7(3.74) and 7(3.76) of the *Criminal Code* do not violate ss. 7, 11(*a*), (*b*), (*d*), (*g*), 12 or 15 of the *Charter*.

Per Gonthier, Cory and Major JJ.:

The Appeal

Jurisdiction

Canadian courts have jurisdiction to try individuals living in Canada for crimes which they allegedly committed on foreign soil only when the conditions specified in s. 7(3.71) are satisfied. The most important of those requirements, for the purposes of the present case, is that the alleged crime must constitute a war crime or a crime against humanity. It is thus the nature of the act committed that is of crucial importance in the determination of jurisdiction. Canadian courts may not prosecute an ordinary offence that has occurred in a foreign jurisdiction. The only reason Canadian courts can prosecute these individuals is because the acts alleged to have been committed are viewed as being war crimes or crimes against humanity. A war crime or a crime against humanity is not the same as a domestic offence. There are fundamentally important additional elements involved in a war crime or a crime against humanity.

The Requisite Elements of the Crime Described by Section 7(3.71)

Canadian courts normally do not judge ordinary offences that have occurred on foreign soil but have jurisdiction to try individuals living in Canada for

vement à la preuve d'identification du ministère public étaient-elles appropriées?

Les questions constitutionnelles soulevées dans le pourvoi incident étaient de savoir si les par. 7(3.74) et 7(3.76) du *Code* violent l'art. 7 (les principes de justice fondamentale), l'al. 11*a*) (le droit d'être informé dans les plus brefs délais de l'infraction précise reprochée), l'al. 11*b*) (le droit d'être jugé dans un délai raisonnable), l'al. 11*d*) (le droit d'être présumé innocent), l'al. 11*g*) (l'exigence qu'une action ou une omission constitue une infraction), l'art. 12 (la protection contre les peines cruelles et inusitées) ou l'art. 15 (les droits à l'égalité) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, s'ils sont justifiés en vertu de l'article premier.

Arrêt (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Arrêt: Le pourvoi incident est rejeté. Les paragraphes 7(3.74) et 7(3.76) du *Code criminel* ne violent pas l'art. 7, les al. 11*a*), *b*), *d*), *g*) ni les art. 12 ou 15 de la *Charte*.

Les juges Gonthier, Cory et Major:

Le pourvoi

La compétence

Les tribunaux canadiens ne sont compétents pour juger des personnes qui vivent au Canada relativement à des crimes qu'ils auraient commis en pays étranger que si les conditions précisées au par. 7(3.71) sont remplies. La plus importante de ces conditions pour les fins de la présente affaire est que le crime reproché doit constituer un crime de guerre ou un crime contre l'humanité. C'est donc la nature de l'acte commis qui est d'importance primordiale dans la détermination de la compétence. Les tribunaux canadiens ne peuvent juger un individu relativement à une infraction ordinaire commise à l'étranger. Ils ne peuvent juger ces personnes que parce que les actes commis sont qualifiés de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité. Un crime de guerre ou un crime contre l'humanité n'est pas la même chose qu'une infraction commise au pays. Le crime de guerre et le crime contre l'humanité mettent en cause d'autres éléments fondamentalement importants.

Les éléments requis relativement au crime décrit au par. 7(3.71)

Les tribunaux canadiens ne peuvent habituellement juger un individu relativement à une infraction ordinaire commise à l'étranger, mais ils sont compétents pour

crimes which they allegedly committed abroad when the conditions specified in s. 7(3.71) are satisfied. Here, the most important of those requirements is that the alleged crime must constitute a war crime or a crime against humanity which, compared to a domestic offence, has fundamentally important additional elements. It is thus the nature of the act committed that is of crucial importance in the determination of jurisdiction.

In order to constitute a crime against humanity or a war crime, there must be an element of subjective knowledge on the part of the accused of the factual conditions which render the actions a crime against humanity. The mental element of a crime against humanity must involve an awareness of the facts or circumstances which would bring the acts within the definition of a crime against humanity. It is not necessary, however, to establish that the accused knew that his or her actions were inhumane. Similarly, for war crimes, the Crown would have to establish that the accused knew or was aware of the facts or circumstances that brought his or her actions within the definition of a war crime. The accused would have to have known that a state of war existed and that his or her actions even in a state of war, would shock the conscience of all right thinking people. Alternatively, the *mens rea* requirement of both crimes against humanity and war crimes would be met if it were established that the accused was wilfully blind to the facts or circumstances that would bring his or her actions within the provisions of these offences.

The wording of the section, the stigma and consequences that would flow from a conviction all indicate that the Crown must establish that the accused committed a war crime or a crime against humanity. This is an integral and essential aspect of the offence. It is not sufficient simply to prove that the offence committed in Canada would constitute robbery, forcible confinement or manslaughter. An added element of inhumanity must be demonstrated to warrant a conviction under this section. The mental element required to be proven to constitute a crime against humanity is that the accused was aware of or wilfully blind to facts or circumstances which would bring his or her acts within the definition of a crime against humanity. However it would not be necessary to establish that the accused knew that his or her actions were inhumane. It is sufficient if the Crown

juger des personnes qui vivent au Canada relativement à des crimes qu'ils auraient commis en pays étranger si les conditions précisées au par. 7(3.71) sont remplies. La plus importante de ces conditions pour les fins de la présente affaire est que le crime reproché doit constituer un crime de guerre ou un crime contre l'humanité qui, comparé à une infraction commise au pays, met en cause d'autres éléments fondamentalement importants. C'est donc la nature de l'acte commis qui est d'importance primordiale dans la détermination de la compétence.

Les crimes contre l'humanité ou les crimes de guerre nécessitent chez l'accusé un élément de connaissance subjective des conditions factuelles qui font de ses actes des crimes contre l'humanité. L'élément moral d'un crime contre l'humanité doit comporter une connaissance des faits ou des circonstances qui entraîneraient les actes dans la sphère d'un crime contre l'humanité. Il n'est pas nécessaire, cependant, d'établir que l'accusé savait que ses actes étaient inhumains. De même, en ce qui concerne les crimes de guerre, le ministère public aurait le fardeau d'établir que l'accusé connaissait les faits ou circonstances qui faisaient que ses actes étaient visés par la définition de crime de guerre. Il aurait fallu que l'accusé sache qu'un état de guerre existait et que ses actes, même en temps de guerre, choqueraient la conscience de tous les gens sensés. Subsidiairement, l'exigence relative à la *mens rea* des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre sera remplie s'il est établi que l'accusé a volontairement fermé les yeux sur les faits ou circonstances en raison desquels ses actes sont visés par les dispositions prévoyant ces infractions.

Le libellé du paragraphe, ainsi que les stigmates et les conséquences qui découleraient d'une déclaration de culpabilité indiquent tous que le ministère public doit établir que l'accusé a commis un crime de guerre ou un crime contre l'humanité. Il s'agit là d'un aspect intégral et essentiel de l'infraction. Il ne suffit pas de démontrer simplement que l'infraction commise au Canada constituerait un vol qualifié, une séquestration ou un homicide involontaire coupable. Il faut établir un élément supplémentaire d'inhumanité pour justifier une déclaration de culpabilité en vertu de ce paragraphe. L'élément moral dont il faut faire la preuve pour qu'il s'agisse d'un crime contre l'humanité est que l'accusé connaissait les faits ou les circonstances en raison desquels ses actes seraient visés par la définition de crime contre l'humanité, ou qu'il n'en n'a volontairement tenu aucun compte. Il ne serait toutefois pas nécessaire d'établir que l'accusé savait que ses actions étaient inhumaines. Il suffit que le ministère public établisse que les actes, considérés par

establishes that the actions viewed by a reasonable person in the position of the accused were inhumane.

Similarly for war crimes the Crown would have to establish that the accused knew or was aware of facts that brought his or her action within the definition of war crimes, or was wilfully blind to those facts. It would not be necessary to prove that the accused actually knew that his or her acts constituted war crimes. It is sufficient if the Crown establishes that the acts, viewed objectively, constituted war crimes.

The Defences

The defence of obedience to superior orders and the peace officer defence are available to members of the military or police forces in prosecutions for war crimes and crimes against humanity. Those defences are subject to the manifest illegality test: the defences are not available where the orders in question were manifestly unlawful. Even where the orders were manifestly unlawful, the defence of obedience to superior orders and the peace officer defence will be available in those circumstances where the accused had no moral choice as to whether to follow the orders. There can be no moral choice where there was such an air of compulsion and threat to the accused that he or she had no alternative but to obey the orders.

Trial Judge's Calling Evidence

The trial judge, in order to take the unusual and serious step of the court's calling witnesses, must believe it essential to exercise his or her discretion to do so in order to do justice in the case. Here, where the trial judge had decided that certain evidence was essential to the narrative, it was a reasonable and proper exercise of this discretion to call the evidence if the Crown refused to do so. It is essential in a case where the events took place 45 years ago that all material evidence be put before the jury. With the passage of time it becomes increasingly difficult to get at the truth of events: witnesses die or cannot be located, memories fade, and evidence can be so easily forever lost. It is then essential that in such a case all available accounts are placed before the court. The argument that all cases pose difficulties in presenting a defence fails to recognize that this case, because of the time elapsed, presents very real

une personne raisonnable dans la situation de l'accusé, étaient inhumains.

De même, pour ce qui est des crimes de guerre, le ministère public serait tenu d'établir que l'accusé avait une connaissance ou une conscience des faits qui faisait que ses actes étaient visés par la définition de crime de guerre, ou qu'il n'en a volontairement tenu aucun compte. Il ne serait pas nécessaire de démontrer que l'accusé savait effectivement que ses actes constituaient des crimes de guerre. Il suffit que le ministère public établisse que les actes, considérés de façon objective, constituaient des crimes de guerre.

Les moyens de défense

Les membres des forces militaires ou policières peuvent invoquer le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur et celui de l'agent de la paix dans des poursuites pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité. Ces moyens de défense sont examinés en regard du critère de l'illégalité manifeste: ils ne peuvent être invoqués lorsque les ordres en question étaient manifestement illégaux. Même dans le cas où les ordres étaient manifestement illégaux, le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur et celui de l'agent de la paix pourront être invoqués si l'accusé n'avait pas la liberté morale d'y obéir ou non. Il ne saurait y avoir liberté morale lorsque l'accusé voyait dans les ordres un élément de contrainte ou de menace telle qu'il n'avait d'autre choix que d'y obéir.

La présentation d'éléments de preuve par le juge du procès

Le juge du procès doit, pour recourir à la pratique inhabituelle et sérieuse de citer lui-même des témoins, estimer qu'il est nécessaire d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour que justice soit rendue. En l'espèce, comme le juge du procès avait décidé que certains éléments de preuve étaient essentiels au récit, l'exercice du pouvoir discrétionnaire de présenter la preuve si le ministère public refusait de le faire était raisonnable et approprié. Dans une affaire où les événements se sont déroulés il y a 45 ans, il est essentiel que tous les éléments de preuve pertinents soient présentés au jury. Les années écoulées rendent difficile la tâche d'obtenir la vérité sur les événements: les témoins meurent ou sont introuvables, la mémoire décline et les éléments de preuve peuvent si facilement être perdus à jamais. Il est alors important que, dans un tel cas, toutes les versions existantes soient présentées à la cour. L'argument selon lequel toutes les affaires posent des difficultés de présentation d'une défense ne reconnaît pas le fait que, en

difficulties for the defence in getting at the truth which is not comparable to other cases.

The trial judge properly took into account the fact that if he did not call the evidence the defence would be required to do so and as a result lose its right to address the jury last. Where the trial judge has found that the evidence in question should have been called by the Crown, the issue of who addresses the jury last is indeed relevant. If this were not so it would be open to the Crown not to call certain evidence in order to force the defence to give up its right to address the jury last. (The Crown here did not act for improper reasons.) The opportunity for such abuse should not be left open. Further, the trial judge's concern for the order of addresses to the jury was secondary to his finding that the evidence was essential to the narrative.

Finally, the trial judge did not need to wait until after the defence had decided whether or not to call evidence before he called the evidence in question. The trial judge could not wait until the defence had finished its case without risking offending the rule that a trial judge should not call evidence him- or herself after the close of the defence case unless the matter was unforeseeable. If the trial judge had waited, and the defence had elected not to call evidence, the trial judge would have been prevented from calling the evidence at that time, as the matter was readily foreseeable, and calling it at that point would have been prejudicial to the defence.

The Cross-Appeal

Does Section 7(3.74) and (3.76) of the Criminal Code Violate Section 7 of the Charter Because these Purport to Remove the Protection of Section 15 of the Criminal Code?

Respondent, even though he acted in obedience to the law (the Baky Order), could not argue that he had an honest but mistaken belief that that decree was lawful so as to absolve him of fault. He still had the guilty mind required to found a conviction. Section 7(3.74) does not, by permitting the removal of this defence, result in a breach of fundamental justice in violation of s. 7 of the *Charter*. When the *Criminal Code* provides that a defence is to be expressly excluded it is because Parliament has determined that the criminal act is of such a nature that not only is the disapprobation of society warranted, but also the act cannot be justified by the

l'espèce, en raison du temps écoulé, la défense éprouve des difficultés très réelles à établir la vérité, lesquelles ne peuvent se comparer à ce qui se produit dans d'autres affaires.

Le juge du procès a eu raison de tenir compte du fait que, s'il ne présentait pas la preuve, la défense devrait le faire et, en conséquence, perdrait son droit de s'adresser au jury en dernier. Lorsque le juge du procès conclut que la preuve en question aurait dû être produite par le ministère public, la question de savoir qui s'adresse au jury en dernier est effectivement pertinente. Sinon, il serait loisible au ministère public de ne pas produire certains éléments de preuve afin de forcer la défense à abandonner son droit de s'adresser au jury en dernier. (Les motifs du ministère public en l'espèce n'étaient pas illégitimes.) Il faudrait fermer la porte au risque d'un tel abus. En outre, la préoccupation du juge du procès quant à l'ordre des exposés au jury était d'importance secondaire par rapport à sa conclusion que la preuve était essentielle au récit.

Enfin, le juge du procès n'avait pas à attendre que la défense décide de présenter ou non la preuve en question avant de la présenter lui-même. Il ne pouvait attendre que la défense ait fini de présenter sa preuve sans risquer d'enfreindre la règle suivant laquelle, après que la défense a terminé la présentation de sa preuve, il ne peut présenter de preuve lui-même que si la question était imprévisible. Si le juge du procès avait attendu, et que la défense eût choisi de ne pas présenter de preuve, il n'aurait pu le faire lui-même puisque la question était fort prévisible, et la présenter à ce moment-là aurait causé un préjudice à la défense.

Le pourvoi incident

Les paragraphes 7(3.74) et (3.76) du Code criminel violent-ils l'art. 7 de la Charte du fait qu'ils visent à éliminer la protection offerte par l'art. 15 du Code criminel?

L'intimé, même s'il a agi conformément à la loi (le décret Baky), ne pouvait faire valoir, de façon à être exonéré, qu'il croyait sincèrement, bien que par méprise, que ce décret était légal. Il avait toujours l'intention coupable requise pour être déclaré coupable. Le paragraphe 7(3.74), en permettant l'élimination de ce moyen de défense, ne porte pas atteinte à la justice fondamentale en contravention de l'art. 7 de la *Charte*. Le *Code criminel* prévoit l'exclusion expresse d'un moyen de défense lorsque le législateur a déterminé que l'acte criminel est d'une nature telle que, non seulement la désapprobation de la société est fondée, mais l'acte ne

excluded defence. Such a legislative provision will not generally violate s. 7 when a defence is inconsistent with the offence proscribed in that it would excuse the very evil which the offence seeks to prohibit or punish.

Do the Impugned Sections of the Code Violate the Charter by Reason of Vagueness?

International law prior to 1944 provided fair notice to the accused of the consequences of breaching the still evolving international law offences. The legislation is not made uncertain merely because the entire body of international law is not codified and that reference must be made to opinions of experts and legal writing in interpreting it. Differences of opinion of international law experts as to these provisions and the questions of fact and law that arise in interpreting and applying them do not render them vague or uncertain. It is the court that must ultimately interpret them.

Do the Impugned Sections of the Code Violate Section 7 and Section 11(g) of the Charter?

Although the average citizen is not expected to know in detail the law with respect to a war crime or a crime against humanity, it cannot be argued that he or she had not substantive fair notice of it or that it is vague. Everyone has an inherent knowledge that such actions are wrong and cannot be tolerated whether this perception arises from a moral, religious or sociological stance. These crimes, which violate fundamental human values, are vehemently condemned by the citizens of all civilized nations and are so repulsive, reprehensible and well understood that the argument that their definition is vague or uncertain does not arise. Similarly, the definitions of "war crimes" and "crimes against humanity" do not constitute a standardless sweep authorizing imprisonment. The standards which guide the determination and definition of crimes against humanity are the values that are known to all people and shared by all.

The impugned sections do not violate ss. 7 and 11(*g*) of the *Charter* because of any allegedly retrospective character. The rules created by the *Charter of the International Military Tribunal* and applied by the Nuremberg Trial represented "a new law". The rule against retroactive legislation is a principle of justice. A retroactive law providing individual punishment for acts which were illegal though not criminal at the time they

peut être justifié par le moyen de défense exclu. De façon générale, la disposition législative ayant cet effet ne viole pas l'art. 7 lorsque le moyen de défense entre en conflit avec l'infraction prévue en ce qu'il excuserait le mal même que l'infraction vise à interdire ou à punir.

Les dispositions contestées du Code violent-elles la Charte pour des motifs d'imprécision?

L'état du droit international avant 1944 était tel qu'il pouvait donner un avertissement raisonnable à l'accusé des conséquences de la perpétration des infractions toujours en évolution en droit international. La disposition législative n'est pas imprécise simplement parce que l'ensemble du droit international n'est pas codifié et qu'il faut recourir aux opinions des experts et à la doctrine pour l'interpréter. Les divergences d'opinion entre les experts en droit international relativement à ces dispositions et les questions de droit et de fait qui se posent dans leur interprétation et leur application ne les rendent ni imprécises ni incertaines. Il appartient en dernier lieu au tribunal de les interpréter.

Les dispositions contestées du Code violent-elles l'art. 7 et l'al. 11g) de la Charte?

Même si on ne peut s'attendre à ce que le citoyen moyen connaisse en détail le droit régissant les crimes de guerre ou les crimes contre l'humanité, on ne saurait affirmer qu'aucun avertissement raisonnable quant au fond n'a été donné ou que le droit en cette matière est imprécis. Chacun a une connaissance innée que ces actes sont blâmables et ne peuvent être tolérés, que ce soit du point de vue moral, religieux ou sociologique. Ces crimes, qui violent les valeurs humaines fondamentales, sont condamnés de façon véhémente par les citoyens de toutes les nations civilisées et ils sont répugnants, répréhensibles et connus au point qu'on ne peut tout simplement pas soutenir que leur définition est imprécise et incertaine. De même, les définitions de «crime de guerre» et de «crime contre l'humanité» ne laissent pas une large place à l'arbitraire, permettant l'incarcération. Les normes qui guident la détermination et la définition des crimes contre l'humanité sont des valeurs connues de tous et partagées par tous.

Les dispositions contestées ne violent ni l'art. 7 ni l'al. 11*g*) de la *Charte* en raison de leur nature supposément rétrospective. Les règles créées par le *Statut du Tribunal militaire international* et appliquées dans le cadre des procès de Nuremberg constituaient «de nouvelles règles de droit». La règle de la non-rétroactivité des lois est un principe de justice. La loi qui prévoit rétroactivement une peine individuelle pour des actes

were committed, however, is an exception to the rule against *ex post facto* laws. Individual criminal responsibility represents certainly a higher degree of justice than collective responsibility. Since the internationally illegal acts for which individual criminal responsibility has been established were also morally the most objectionable and the persons who committed them were certainly aware of their immoral character, the retroactivity of the law applied to them cannot be considered as incompatible with justice. Justice required the punishment of those committing such acts in spite of the fact that under positive law they were not punishable at the time they were performed. It follows that it was appropriate that the acts were made punishable with retroactive force.

qui, à l'époque où ils ont été commis, étaient illégaux sans être criminels, est toutefois une exception à la règle contre les lois adoptées après le fait. La responsabilité criminelle individuelle offre certainement une plus grande justice que la responsabilité collective. Puisque les actes illégaux en droit international, à l'égard desquels la responsabilité criminelle individuelle a été établie, étaient également des plus blâmables du point de vue moral, et que les auteurs de ces actes étaient certainement conscients de leur nature immorale, on peut difficilement considérer que la rétroactivité de la loi appliquée à leur égard est tout à fait contraire à la justice, qui exigeait la punition de ces personnes, en dépit du fait que, dans le cadre du droit positif, ces actes n'étaient pas punissables à l'époque où ils ont été commis. Il s'ensuit qu'il était approprié que les actes aient été rendus punissables rétroactivement.

Did the Pre- and Post-Charge Delay Violate Sections 7, 11(b) and 11(d) of the Charter?

The pre- and post-charge delay does not violate the *Charter* principles of fundamental justice (s. 7), the right to trial without unreasonable delay (s. 11(*b*)) and the right to be presumed innocent (s. 11(*d*)). The principles set out in *R. v. Askov* accordingly need not be extended to the situation here. Indeed, the delay was far more likely to be prejudicial to the Crown's case than it was to that of the defence. The documentary and physical evidence not available to the defence was probably destroyed during the war and therefore would not have been available for trial even if held a few years after the war. With regard to post-charge delay, the indictment was preferred less than a year after the legislation was proclaimed. This was a minimal and very reasonable period of delay.

Les délais antérieur et postérieur à l'accusation violent-ils l'art. 7 et les al. 11b) et 11d) de la Charte?

Les délais antérieur et postérieur à l'accusation ne violent pas les principes de justice fondamentale (art. 7), le droit d'être jugé dans un délai raisonnable (al. 11*b*)), ni le droit d'être présumé innocent (al. 11*d*)). Les principes établis dans l'arrêt *R. c. Askov* n'ont donc pas à être étendus à la situation en l'espèce. En fait, il est beaucoup plus probable que le délai ait été plus préjudiciable à la preuve du ministère public qu'il ne le fut pour la défense. La preuve documentaire et matérielle qui n'existait plus pour la défense a probablement été détruite pendant la guerre et elle n'aurait donc pas pu être utilisée même si un procès avait eu lieu quelques années après la guerre. En ce qui concerne le délai postérieur à l'accusation, moins d'un an s'est écoulé entre le moment où la disposition législative est entrée en vigueur et celui où l'acte d'accusation a été présenté. Le délai était minime et très raisonnable.

Do the Impugned Sections of the Code Violate Sections 7 and 15 of the Charter?

The impugned sections do not infringe the equality provisions of s. 15 of the *Charter*. The fact that the legislation relates only to acts or omissions performed by individuals outside Canada is not based on a personal characteristic but on the location of the crime. The group of persons who commit a war crime or a crime against humanity outside of Canada cannot be considered to be a discrete and insular minority which has suffered stereotyping, historical disadvantage or vulnerability to political and social prejudice. Similarly, these sections, notwithstanding the allegation that they allegedly subject the individual to prosecution based on an

Les dispositions contestées du Code violent-elles les art. 7 et 15 de la Charte?

Les dispositions contestées ne violent pas les droits à l'égalité garantis à l'art. 15 de la *Charte*. Le fait qu'elles ne portent que sur des faits — actes ou omissions — commis par des individus à l'étranger ne repose pas sur une caractéristique personnelle mais sur le lieu du crime. Le groupe de personnes qui commettent des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité à l'étranger ne peut être considéré comme une minorité distincte et isolée ayant souffert de stéréotypes, de désavantages historiques ou de vulnérabilité à des préjugés politiques et sociaux. Pour les mêmes raisons, ces dispositions ne sont pas contraires aux principes de justice

extension of jurisdiction for crimes for which the people of Canada are not criminally liable, are not contrary to the principles of fundamental justice.

Do the Impugned Provisions Violate Section 12 of the Charter?

No argument was made with respect to s. 12 (cruel and unusual punishment) of the *Charter*. It was not necessary to consider the application of s. 1.

Per Lamer C.J.: The appeal should be dismissed for the reasons given by Cory J. The cross-appeal should be dismissed as being moot.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. (dissenting in part): Section 7(3.71) of the *Criminal Code* confers jurisdiction on Canadian courts to prosecute foreign acts amounting to war crimes or crimes against humanity domestically, according to Canadian criminal law in force at the time of their commission. The provision does not create any new offences. The person who commits the relevant act is not declared guilty of an offence as in all other criminal offences. On the contrary, the nucleus of the provision is its predicate, "shall be deemed to commit that act or omission in Canada at that time". Moreover, no penalty is stipulated. A finding of war crime or crime against humanity does not result in punishment but rather merely opens the door to the next procedural step — the placing before the jury of the charges against the accused for offences defined in the *Code* in respect of acts done outside the country, so long as those acts constitute crimes against humanity or war crimes.

The war crimes and crimes against humanity provision stands as an exception to the general rule regarding the territorial ambit of criminal law. Parliament intended to extend the arm of Canada's criminal law in order to be in a position to prosecute these extraterritorial acts if the alleged perpetrators were discovered here. Although exceptions to s. 6 (which limits the *Code*'s application to Canada) can also take the form of offence-creating provisions that expressly embrace extraterritorial acts, the wording of s. 7(3.71) closely resembles that of other purely jurisdiction-endowing provisions and can be contrasted with these offence-creating provisions. Had Parliament wished specifically to make war crimes and

fondamentale, malgré les allégations voulant qu'elles permettent d'engager des poursuites contre un individu en se fondant sur une extension de la compétence née des crimes reprochés pour lesquels le législateur ne rend pas les citoyens du Canada criminellement responsables.

Les dispositions contestées violent-elles l'art. 12 de la Charte?

Les parties n'ont soumis aucun argument concernant l'art. 12 (peines cruelles et inusitées de la *Charte*). Il n'était pas nécessaire de considérer l'application de l'article premier.

Le juge en chef Lamer: Le pourvoi devrait être rejeté pour les motifs énoncés par le juge Cory. Le pourvoi incident devrait être rejeté en raison de son caractère théorique.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin (dissidents en partie): Le paragraphe 7(3.71) du *Code criminel* confère aux tribunaux canadiens le pouvoir d'entendre des poursuites au Canada, conformément au droit criminel canadien en vigueur à l'époque de leur perpétration, relativement à des actes commis à l'étranger qui équivalent à des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité. La disposition ne crée aucune nouvelle infraction. La personne qui commet l'acte visé n'est pas déclarée coupable d'une infraction comme c'est le cas pour les autres infractions criminelles. Au contraire, l'essence de la disposition est son prédicat: «est réputé avoir commis le fait au Canada à cette époque». En outre, aucune peine n'est prévue. La conclusion à l'existence d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité n'entraîne pas une peine; elle ne fait qu'ouvrir la porte à l'étape procédurale suivante — la présentation au jury des chefs d'accusation contre l'accusé pour des infractions définies au *Code* à l'égard d'actes commis à l'étranger, dans la mesure où ces actes constituent des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre.

La disposition relative aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité constitue une exception à la règle générale de la portée territoriale du droit criminel. L'intention du législateur était d'étendre la portée du droit criminel canadien afin que des poursuites puissent être engagées à l'égard de ces actes commis à l'étranger si les auteurs allégués étaient découverts au pays. Les exceptions à l'art. 6 (qui limite au Canada l'application du *Code*) peuvent également revêtir la forme de dispositions créant une infraction qui incluent expressément des actes commis à l'étranger, mais le libellé du par. 7(3.71) ressemble beaucoup à celui d'autres dispositions purement attributives de compétence, et il peut être mis

crimes against humanity domestic offences, it would have been much easier to do so directly.

No distinction should be made between territorial jurisdiction of the court (going to the determination of the proper Canadian court to hear a case) and territorial reach of the criminal law (affecting the definition of the offences themselves). Section 6(2) of the *Code* does not render Canadian territoriality a defining element of its offences. Rather, it merely precludes a person's conviction or discharge for an offence when committed outside Canada in response to the structure of international order which entrusts prosecution of a criminal act to the state in which that act was committed. The fact that an act or an omission may have taken place outside Canada's borders does not negate its quality as culpable conduct.

Questions of jurisdiction are matters of law entrusted to the trial judge. The terms of s. 6 are not absolute; they specifically envision exceptions, whether in the *Code* itself or in other Acts of Parliament. Deciding questions of jurisdiction has been found to be properly entrusted to the trial judge in other circumstances in *R. v. Balcombe* and no reason exists for a different rule to apply to the s. 6 inquiry. Whether the criteria in s. 7(3.71), (whether the act amounts to a war crime or crime against humanity, whether it constituted an offence pursuant to Canadian law at the time of commission, and whether identifiable individuals were involved) creating the exception to s. 6 have been met is a question of law entrusted to the trial judge and not to the jury. If these requirements are not satisfied, the exception to the rule of no extraterritorial application is not met, and the court must decline jurisdiction and acquit the accused even if all the elements of the offences of manslaughter, robbery, confinement or assault may be satisfied.

The jury's role will be similar to that exercised in an ordinary prosecution under our domestic law. Its function, and the charge made to it, will be like those that would be made to a jury determining the underlying offence only. The sole difference will be in relation to justifications, excuses and defences. Section 7(3.73) provides the accused with the benefit of pleading all available international justifications, excuses and

en contraste avec ces dispositions créatrices d'infractions. Si le législateur avait expressément souhaité faire des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité des infractions de droit interne, il aurait pu le faire beaucoup plus facilement de façon directe.

Aucune distinction ne devrait être faite entre la compétence territoriale de la cour (qui vise la détermination du tribunal canadien approprié pour entendre l'affaire) et la portée territoriale du droit criminel (qui touche la définition des infractions elles-mêmes). Le paragraphe 6(2) du *Code* ne fait pas de la territorialité canadienne un élément qui délimite les infractions qui y sont prévues. Il ne fait plutôt qu'exclure la possibilité qu'une personne soit déclarée coupable ou absoute à l'égard d'une infraction commise à l'étranger, en réponse à la structure de l'ordre international, qui confie la poursuite de l'auteur d'un acte criminel à l'État dans lequel l'acte a été commis. Le fait qu'un acte ou une omission se soit produit à l'extérieur des frontières canadiennes n'efface pas sa qualité d'acte coupable.

Les questions de compétence sont des questions de droit confiées au juge du procès. Le libellé de l'art. 6 n'est pas absolu; il prévoit expressément des exceptions, soit dans le *Code* même, soit dans d'autres lois fédérales. On a jugé dans d'autres circonstances dans l'arrêt *R. c. Balcombe* que la décision dans les questions de compétence était à juste titre confiée au juge du procès, et il n'existe aucune raison d'appliquer une règle différente pour ce qui est de la détermination effectuée relativement à l'art. 6. La question de savoir si l'on a satisfait aux critères du par. 7(3.71) (si l'acte équivaut à un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, si l'acte transgressait le droit canadien à l'époque de sa perpétration et si des personnes identifiables étaient impliquées) créant l'exception à l'art. 6 est une question de droit confiée au juge du procès et non au jury. Si ces conditions ne sont pas remplies, aucune exception à la règle qui interdit la poursuite extraterritoriale ne s'applique et le tribunal doit refuser d'exercer toute compétence et acquitter l'accusé, peu importe que tous les éléments des infractions d'homicide involontaire coupable, de vol qualifié, de séquestration ou d'agression puissent être établis.

Le rôle du jury est semblable à celui qu'il assume dans le cadre d'une poursuite ordinaire engagée en vertu de notre droit interne. Sa fonction et la charge dont elle est assortie sont identiques à celles qu'on assigne au jury qui détermine uniquement si l'infraction sous-jacente existe. L'unique différence tiendra dans les justifications, excuses et moyens de défense invoqués. En vertu du par. 7(3.73), l'accusé peut plaider, outre ceux

defences in addition to those existing under domestic law. The one domestic defence made unavailable, by the operation of s. 7(3.74), is the defence of obedience to *de facto* law.

The requirements for jurisdiction need not be proved beyond a reasonable doubt. The trial judge, however, must consider the evidence to satisfy the jurisdiction requirements and not simply base his or her assessment of these requirements on the charges as alleged. Because some of the facts necessary to establish jurisdiction are not the same as those necessary for the jury's determination of the underlying offence, all the findings of fact cannot be left to the jury. Here, since the jury will have to hear much of the same evidence related to the offences as the trial judge would have to hear in relation to the jurisdiction issue, it will usually be more efficient to have the trial judge consider the jurisdiction issue at the same time as the jury hears the evidence related to the offence. If desired, and to keep a jury's mind clear, the parts of the evidence or expert testimony that are completely irrelevant to the jury's concerns can be heard in the jury's absence. At the close of the evidence, the judge will decide whether the conditions for the exercise of jurisdiction have been met. If so, then the court can proceed to hear the jury's verdict.

War crimes and crimes against humanity do not require an excessively high *mens rea* going beyond that required for the underlying offence. In determining the *mens rea* of a war crime or a crime against humanity, the accused must have intended the factual quality of the offence. In almost if not every case, the domestic definition of the underlying offence will capture the requisite *mens rea* for the war crime or crime against humanity as well. Thus, the accused need not have known that his or her act, if it constitutes manslaughter or forcible confinement, amounted to an "inhumane act" either in the legal or moral sense. One who intentionally or knowingly commits manslaughter or kidnapping would have demonstrated the mental culpability required for an inhumane act. The normal *mens rea* for confinement, robbery, manslaughter, or kidnapping, whether it be intention, knowledge, recklessness or wilful blindness, is adequate.

The additional conditions of the *actus reus* requirement under international law are intended to be used to

qu'offre le droit interne, tous les moyens de défense, justifications et excuses qui existent en droit international. Le paragraphe 7(3.74) a toutefois pour effet d'interdire à l'accusé de plaider l'obéissance à la loi de facto.

L'existence des conditions nécessaires à l'exercice de la compétence n'a pas à être démontrée hors de tout doute raisonnable. Toutefois, le juge du procès doit apprécier la preuve afin de satisfaire aux conditions nécessaires à l'exercice de la compétence et il ne doit pas fonder son analyse de ces conditions que sur les accusations portées. Puisque certains des faits requis pour établir la compétence ne sont pas identiques à ceux qui sont requis pour que le jury détermine si l'infraction sous-jacente a été commise, il ne faut pas laisser au jury la tâche de tirer toutes les conclusions de fait. En l'espèce le jury devra entendre, relativement aux infractions, en grande partie la même preuve que le juge du procès aura entendue sur la question de la compétence. Il sera donc généralement plus efficace que le juge du procès se penche sur la question de la compétence au moment où le jury entend la preuve sur l'infraction. Si on le désire, et pour éviter de confondre le jury, les parties de la preuve ou des témoignages d'experts qui sont tout à fait étrangers à ce qui intéresse le jury peuvent être entendues en son absence. Une fois la présentation de la preuve terminée, le juge décidera si les conditions requises pour l'exercice de la compétence ont été remplies. Dans l'affirmative, le tribunal peut entendre le verdict du jury.

Les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité n'exigent pas une *mens rea* excessivement élevée allant au-delà de ce qui est requis pour l'infraction sous-jacente. La *mens rea* d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité implique que l'intention de l'accusé visait la qualité factuelle de l'infraction. Dans presque tous les cas, sinon tous, la définition de l'infraction sous-jacente de droit interne englobera la *mens rea* requise pour le crime de guerre ou le crime contre l'humanité. Ainsi, il n'est pas nécessaire que l'accusé ait su que son acte, s'il s'agit d'un homicide involontaire coupable ou d'une séquestration, équivalait à un «acte inhumain» au sens juridique ou moral du terme. Quiconque commet intentionnellement ou sciemment un homicide involontaire coupable ou un enlèvement a démontré la culpabilité morale requise pour un acte inhumain. La *mens rea* normale pour la séquestration, le vol qualifié, l'homicide involontaire coupable ou l'enlèvement suffit, qu'il s'agisse d'intention, de connaissance, d'insouciance ou d'ignorance volontaire.

Les conditions additionnelles de l'exigence de l'*actus reus* en droit international sont censées être utilisées

ascertain whether the factual conditions are such that the international relations concerns of extraterritorial limits do not arise. Since in almost if not every case the *mens rea* for the war crime or crime against humanity will be captured by the *mens rea* required for the underlying offence that will have to be proved to the jury beyond a reasonable doubt, the trial judge will rarely, if ever, have to make any additional findings in relation to the *mens rea* to satisfy the jurisdiction requirements.

If a justification, excuse or defence that would have been available had the accused been charged with the crime under international law rather than the underlying crime is available, it should be referred to the jury with appropriate instructions whether the issue arises on the evidence presented by the Crown or the accused. Under s. 7(3.73) of the *Code*, an accused may rely on any "justification, excuse or defence available . . . under international law" as well as under the laws of Canada. The jury would then have to decide the issue with any reasonable doubt decided in favour of the accused.

The scheme in s. 7(3.71)-(3.77) does not deprive the accused of his or her rights in a manner inconsistent with the principles of fundamental justice. The accused cannot be found guilty of the offence charged (the underlying domestic offence) unless the jury finds the relevant mental element on proof beyond a reasonable doubt. This mental element coincides with that of the war crime or crime against humanity. And if any excuse, justification or defence for the act arises under international law, the accused is entitled to the benefit of any doubt about the matter, including any relevant *mens rea* attached to such excuse, justification or defence. *Charter* jurisprudence relating to fundamental justice does not require, merely because a special stigma might attach to certain offences, that only the jury be entrusted with finding *mens rea* and only on a standard of proof beyond a reasonable doubt. Any stigma attached to being convicted under war crimes legislation does not come from the nature of the offence, but more from the surrounding circumstances of most war crimes and often is a question of the scale of the acts in terms of numbers.

Under the jurisdictional portion of s. 7(3.71), the inquiry goes to assessing whether Canadian courts are able to convict or discharge the perpetrator of the relevant conduct. The preliminary question, whether the rel-

pour s'assurer que les conditions factuelles sont telles que les questions de limites extraterritoriales en matière de relations internationales ne se posent pas. Puisque dans presque tous les cas, sinon tous, la *mens rea* pour le crime de guerre ou le crime contre l'humanité sera englobée dans la *mens rea* requise pour l'infraction sous-jacente, dont il faut apporter la preuve au jury hors de tout doute raisonnable, le juge du procès ne devra que rarement, ou jamais, procéder à des constatations supplémentaires concernant la *mens rea* pour répondre aux exigences de compétence.

Dans le cas où des justifications, excuses ou moyens de défense auraient pu être invoqués si l'accusé avait été inculpé de l'infraction en vertu du droit international plutôt que de l'infraction sous-jacente, il faut les soumettre au jury avec des directives appropriées, que la question soit soulevée par la preuve présentée par le ministère public ou par celle de l'accusé. En vertu du par. 7(3.73) du *Code*, un accusé peut se prévaloir «des justifications, excuses ou moyens de défense reconnus [. . .] par [. . .] le droit international» et par le droit canadien. Le jury devrait alors trancher la question en faisant jouer tout doute raisonnable en faveur de l'accusé.

Le régime établi par les par. 7(3.71) à 7(3.77) ne prive pas l'accusé de ses droits d'une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale. L'accusé ne peut être déclaré coupable de l'infraction reprochée (l'infraction sous-jacente de droit interne) que si le jury conclut que l'élément moral pertinent a été établi hors de tout doute raisonnable. Cet élément moral coïncide avec celui du crime de guerre ou du crime contre l'humanité. Si des excuses, justifications ou moyens de défense peuvent être invoqués en vertu du droit international, l'accusé a droit au bénéfice du doute sur la question, y compris la *mens rea* liée à ces excuses, justifications et moyens de défense. La jurisprudence fondée sur la *Charte* concernant la justice fondamentale n'exige pas, simplement parce qu'un stigmate particulier peut se rattacher à certaines infractions, que la conclusion sur la *mens rea* soit confiée exclusivement au jury et seulement en conformité avec une norme de preuve hors de tout doute raisonnable. Le stigmate découlant d'une déclaration de culpabilité sous le régime d'une loi sur les crimes de guerre ne résulte pas de la nature de l'infraction, mais plutôt des circonstances qui entourent la plupart des crimes de guerre et souvent de la dimension, en termes numériques, des actes en cause.

Selon la partie du par. 7(3.71) qui traite de compétence, il faut déterminer si les tribunaux canadiens sont habilités à condamner ou exonérer l'auteur du fait en cause. La question préliminaire, celle de savoir si la

evant conduct constitutes a situation evaluated by the international community to constitute one warranting treatment exceptional to the general precepts of international law, involves an assessment of Canada's international obligations and other questions concerning the interrelationship of nations. The culpability of the acts targeted by this provision, from Canada's perspective, arises from, and will be assessed according to Canadian standards of offensive behaviour as embodied in the *Code*. The preliminary question of war crimes or crimes against humanity is more of a political inquiry than one of culpability and accordingly does not traditionally fall within the province of the jury. The international community actively encourages the prosecution of those whose criminal conduct also constitutes war crimes or crimes against humanity.

It is not unfair or contrary to our philosophy of trial by jury to entrust determination of jurisdiction to the trial judge rather than the jury. The assignment of this task is just and well-designed given the technical nature of the actual factual findings that must be made by the trial judge on the preliminary jurisdictional question, as well as the complicated nature of the international law with which he or she must grapple. The technical nature of these inquiries, unrelated as they are to matters of culpability, do not form part of the special capacity of the jury.

The jury's role in the prosecution remains extensive. As in any other domestic prosecution, the jury is the sole arbitrator of whether both the *actus reus* and the *mens rea* for the offence charged are present and whether any domestic defences are available. Moreover, in addition to its normal functions, the jury also decides whether any international justification, excuse or defence is available. These determinations are not merely technical findings to supplement the extensive role of the trial judge; on the contrary, they go to the essence of the accused's culpability. The jury alone decides whether the accused is physically and mentally guilty of the offence charged, on proof beyond a reasonable doubt. The only element removed from the jury's usual scope of considerations in regular domestic prosecutions is the *de facto* law defence (s. 7(3.74)).

Section 7(3.74) does not violate the s. 7 of the *Charter* by removing available defences. Subsections 7(3.73) and (3.74) qualify each other and together indicate that the accused has the benefit of all available international

conduite visée est un cas qui, selon la communauté internationale, justifie un traitement d'exception par rapport aux préceptes généraux du droit international, comporte l'analyse des obligations internationales du Canada et d'autres questions concernant les relations entre nations. Du point de vue du Canada, la culpabilité à l'égard des actes visés par cette disposition résulte de ce qui est considéré comme un comportement répréhensible en vertu de normes canadiennes exprimées dans le *Code*, et doit être évaluée en conséquence. La question préliminaire, en ce qui concerne les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, est plus une question politique qu'une question de culpabilité et, pour cette raison, ne relève traditionnellement pas de la compétence d'un jury. La communauté internationale encourage activement les poursuites contre les personnes dont la conduite criminelle constitue aussi des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité.

Il n'est pas inéquitable ni contraire à notre conception du procès par jury de confier la détermination de la compétence au juge du procès plutôt qu'au jury. L'attribution de cette tâche est juste et bien conçue compte tenu de la nature technique des véritables constatations de fait incombant au juge du procès sur la question préliminaire de la compétence, ainsi que de la nature complexe du droit international qu'il lui faut saisir. Le caractère technique de ces questions, qui ne sont pas liées aux questions de culpabilité, n'entre pas dans les attributions spéciales du jury.

Le rôle du jury dans les poursuites demeure étendu. Comme dans toute autre poursuite en droit interne, le jury est seul arbitre pour décider si l'*actus reus* et la *mens rea* de l'infraction reprochée sont tous deux présents et s'il existe des moyens de défense en droit interne. Par ailleurs, outre ses fonctions habituelles, le jury décide également s'il existe des justifications, excuses ou moyens de défense en droit international. Ces décisions ne sont pas de simples conclusions techniques qui complètent le rôle étendu confié au juge du procès; au contraire, elles vont au cœur même de la question de la culpabilité de l'accusé. Le jury est seul à décider si l'accusé est physiquement et moralement coupable de l'infraction reprochée selon une preuve hors de tout doute raisonnable. Le seul élément qui soit retiré du champ habituel des considérations du jury dans les poursuites en droit interne est le moyen de défense fondé sur la loi de facto (par. 7(3.74)).

Le paragraphe 7(3.74) ne viole pas l'art. 7 de la *Charte* en éliminant des moyens de défense existants. Les paragraphes 7(3.73) et 7(3.74) se modifient l'un l'autre et signifient ensemble que l'accusé a le bénéfice

and domestic justifications, excuses or defences. The operation of s. 7(3.73) only rules out resort to the simple argument that, because a domestic law existed, the conduct was authorized and so excused. The whole rationale for limits on individual responsibility for war crimes and crimes against humanity is that there are higher responsibilities than simple observance of national law. That a law of a country authorizes some sort of clearly inhumane conduct cannot be allowed to be a defence.

The peace officer and the military orders defences put to the jury here exist under Canadian domestic law and relate to arguments based on authorization or obedience to national law. The rationale for these defences is that a realistic assessment of police or military organizations requires an element of simple obedience; there must be some degree of accommodation to those who are members of such bodies. At the same time, totally unthinking loyalty cannot be a shield for any human being, even a soldier. The defence is not simply based on the idea of obedience or authority of *de facto* national law, but rather on a consideration of the individual's responsibilities as part of a military or peace officer unit. Essentially obedience to a superior order provides a valid defence unless the act is so outrageous as to be manifestly unlawful. Further, an accused will not be convicted of an act committed pursuant to an order wherein he or she had no moral choice but to obey.

The war crime provisions do not violate ss. 7 and 11(*g*) of the *Charter* because they are retroactive. The accused is not being charged or punished for an international offence, but a Canadian criminal offence that was in the *Code* when it occurred.

International law in this area was neither retroactive nor vague. Even on the basis of international convention and customary law, there are many individual documents that signalled the broadening prohibitions against war crimes and crimes against humanity. Numerous conventions indicated that there were international rules on the conduct of war and individual responsibility for them. International law, as expressed by international and national tribunals, continues to maintain that crimes against humanity and war crimes were well established. The strongest source in international law for crimes against humanity, however, are the common domestic

de tous les moyens de défense, justifications et excuses existant en droit international et en droit interne. L'application du par. 7(3.73) ne fait qu'éliminer le simple argument selon lequel, puisqu'une loi interne existait, la conduite reprochée était autorisée et donc excusée. Toute la raison d'être des limites à la responsabilité individuelle pour les crimes de guerre ou les crimes contre l'humanité tient à ce qu'il existe des responsabilités plus élevées que la simple observation du droit interne. Le fait qu'une loi d'un pays autorise quelque conduite clairement inhumaine ne peut être accepté comme moyen de défense.

Le moyen de défense de l'obéissance aux ordres militaires et celui de l'agent de la paix soumis au jury en l'espèce existent en droit canadien et se rapportent aux arguments fondés sur l'autorisation ou l'obéissance à la loi interne. La raison d'être de ces moyens de défense est qu'une analyse réaliste des organisations militaires et policières montre qu'elles exigent un élément d'obéissance pure et simple; il faut donc un certain degré d'adaptation pour les membres de ces organisations. Par ailleurs, la loyauté totalement aveugle ne peut abriter aucun être humain, même un soldat. Le moyen de défense n'est pas simplement fondé sur l'idée d'obéissance ou d'autorité de la loi de facto du pays, mais plutôt sur la considération des responsabilités de l'individu dans le contexte d'une unité de militaires ou d'agents de la paix. En substance, l'obéissance à l'ordre d'un supérieur est une défense valable à moins que l'acte en cause soit tellement choquant qu'il est manifestement illégal. De plus, l'accusé ne sera pas déclaré coupable d'un acte commis en raison d'un ordre s'il n'avait d'autre liberté morale que d'obéir.

Les dispositions relatives aux crimes de guerre ne violent pas l'art. 7 ni l'al. 11*g*) de la *Charte* pour cause de rétroactivité. L'accusé n'est pas inculpé ou puni à l'égard d'une infraction au droit international, mais d'une infraction criminelle qui était prévue dans le *Code* au moment de sa perpétration.

Le droit international dans ce domaine n'était ni rétroactif ni imprécis. Même sur le fondement des conventions internationales et du droit coutumier, de nombreux documents distincts indiquaient l'élargissement des interdictions des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. De nombreuses conventions montraient qu'il existait des règles internationales sur la conduite d'une guerre et une responsabilité individuelle à cet égard. Le droit international, tel qu'exprimé par des tribunaux internes ou internationaux, continue d'affirmer que l'existence des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité était bien établie. La source la plus solide

prohibitions of civilized nations. The conduct listed under crimes against humanity was of the sort that no modern civilized nation was able to sanction.

The *Code* provisions do not violate s. 11(*g*) as being retroactive. Section 11(*g*) of the *Charter* specifically refers to the permissibility of conviction on the basis of international law or the general principles of law recognized by the community of nations. One of the factors motivating the terms of the provision was to remove concerns about otherwise preventing prosecution of war criminals or those charged with crimes against humanity.

Section 7(3.71) (relating to the generality of the definitions of war crimes and crimes against humanity) read with s. 7(3.76) does not violate s. 7 of the *Charter* by reason of vagueness. The offence with which the accused is charged and for which he will be punished is the domestic offence in the 1927 *Code*, and it is readily apparent that the cross appeal is not concerned with arguing that these standard *Code* provisions are unconstitutionally vague. The standard of vagueness necessary for a law to be found unconstitutional is that the law must so lack in precision as not to give sufficient guidance for legal debate. The contents of the customary, conventional and comparative sources provide enough specificity to meet this standard for vagueness.

The pre-trial delay of 45-odd years between the alleged commission of the offence and the laying of charges did not violate ss. 7, 11(*b*) and 11(*d*) of the *Charter*. Pre-charge delay, at most, may in certain circumstances have an influence on the assessment of whether post-charge delay is unreasonable but of itself is not counted in determining the delay. The *Charter* does not insulate accused persons from prosecution solely on the basis of the time that elapsed between the commission of the offence and the laying of the charge. No complaint was made as to post-charge delay.

Section 7(3.71) does not violate ss. 7 and 15 of the *Charter* by applying only to acts committed outside Canada. This provision is jurisdictional and creates no new offences. Whether impugned conduct is committed abroad or in Canada, the accused would be charged with the same offence and subject to the same penalty, if con-

en droit international en matière de crimes contre l'humanité est toutefois l'ensemble des interdictions communes de ces crimes dans les pays civilisés. La conduite placée dans la catégorie des crimes contre l'humanité était de celles qu'aucun pays civilisé moderne ne pouvait tolérer.

Les dispositions du *Code* ne violent pas l'al. 11*g*) pour cause de rétroactivité. Cet alinéa de la *Charte* prévoit expressément la possibilité d'une condamnation en vertu du droit international ou des principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations. Un des facteurs qui a motivé le libellé de cette disposition est qu'elle visait à éliminer toute crainte que soient autrement empêchées des poursuites contre des criminels de guerre ou des personnes accusées de crimes contre l'humanité.

Le paragraphe 7(3.71) (en ce qui concerne le caractère général des définitions des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité) pris en corrélation avec le par. 7(3.76) ne viole pas l'art. 7 de la *Charte* pour cause d'imprécision. L'infraction reprochée à l'accusé et pour laquelle il sera puni est l'infraction de droit interne du *Code* de 1927 et il est clair que le pourvoi incident ne vise pas à soutenir que ces dispositions classiques du *Code* sont imprécises au point d'être inconstitutionnelles. Le degré d'imprécision nécessaire pour qu'une loi soit jugée inconstitutionnelle exige que le texte manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire. La teneur des sources coutumières, conventionnelles et comparatives est suffisamment explicite pour satisfaire à cette norme.

Le délai avant procès d'environ 45 ans, entre la perpétration alléguée de l'infraction et l'inculpation, ne viole ni l'art. 7 ni les al. 11*b*) et 11*d*) de la *Charte*. Les délais qui précèdent l'inculpation peuvent, tout au plus, avoir une influence dans certaines circonstances sur l'évaluation du caractère raisonnable du délai qui suit l'inculpation mais ne comptent pas comme tels dans ce dernier. La *Charte* ne protège pas des accusés contre des poursuites sur le seul fondement du temps qui s'est écoulé entre la perpétration de l'infraction et l'inculpation. Aucune plainte n'a été formulée au sujet du délai qui a suivi l'inculpation.

Le paragraphe 7(3.71) ne viole pas les art. 7 et 15 de la *Charte* pour la raison qu'il s'applique uniquement à des actes commis à l'extérieur du Canada. Cette disposition concerne la compétence et ne crée pas de nouvelles infractions. Que la conduite reprochée ait eu lieu au Canada ou à l'étranger, l'accusé serait inculpé de la

victed. Indeed, any difference in treatment favours the extraterritorial perpetrator.

Cases Cited

By Cory J.

Considered: *Dover Castle*, 16 A.J.I.L. 704 (1921); *Llandovery Castle*, 16 A.J.I.L. 708 (1921); *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; **referred to:** *R. v. Finta* (1989), 69 O.R. (2d) 557; *The Case of the S.S. "Lotus"* (1927), P.C.I.J., Ser. A, No. 10; *Balcombe v. The Queen*, [1954] S.C.R. 303; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906; *R. v. Prue*, [1979] 2 S.C.R. 547; *Beaver v. The Queen*, [1957] S.C.R. 531; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *United States v. Bevans*, 24 Fed. Cas. 1138 (1816), rev'd on jurisdictional grounds, 3 Wheat. 336 (1818); *R. v. Smith* (1900), 17 S.C. 561; *Ofer v. Chief Military Prosecutor* (the *Kafr Qassem* case), [Appeal 279-283/58, *Psakim* (Judgments of the District Courts of Israel), vol. 44, at p. 362], in *Pal. Y.B. Int'l L.* (1985), vol. 2, p. 69; *The Einsatzgruppen Case*, 4 Trials of War Criminals 470 (1948); *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. 22, (1946) (Official Text in the English Language); *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220; *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449; *Dunlop v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 881; *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Williams* (1985), 18 C.C.C. (3d) 356; *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *Campbell v. The Queen* (1982), 31 C.R. (3d) 166; *R. v. S. (P.R.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 109; *R. v. Harris* (1927), 20 Cr. App. R. 86; *R. v. Holden* (1838), 8 Car. & P. 606, 173 E.R. 638; *R. v. Brown*, [1967] 3 C.C.C. 210; *R. v. Bouchard* (1973), 24 C.R.N.S. 31; *R. v. Black* (1990), 55 C.C.C. (3d) 421; *R. v. Tregear*, [1967] 2 Q.B. 574; *United States v. Lutwak*, 195 F.2d 748 (1952), aff'd 344 U.S. 604 (1952), rehearing denied 345 U.S. 919 (1953); *United States v. Marzano*, 149 F.2d 923 (1945); *United States v. Liddy*, 509 F.2d 428 (1974), *certiorari* denied 420 U.S. 911 (1975); *Young v. United States*, 107 F.2d 490 (1939); *Estrella-Ortega v. United States*, 423 F.2d 509 (1970); *United States v. Pape*, 144 F.2d 778

même infraction et passible de la même peine, s'il était déclaré coupable. En fait, toute différence de traitement est en faveur du délinquant qui commet l'acte à l'étranger.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts examinés: *Dover Castle*, 16 A.J.I.L. 704 (1921); *Llandovery Castle*, 16 A.J.I.L. 708 (1921); *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; **arrêts mentionnés:** *R. c. Finta* (1989), 69 O.R. (2d) 557; *Affaire du «Lotus»* (1927), C.P.J.I., sér. A, nº 10; *Balcombe c. The Queen*, [1954] R.C.S. 303; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906; *R. c. Prue*, [1979] 2 R.C.S. 547; *Beaver c. The Queen*, [1957] R.C.S. 531; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *United States c. Bevans*, 24 Fed. Cas. 1138 (1816), inf. pour des motifs de compétence, 3 Wheat. 336 (1818); *R. c. Smith* (1900), 17 S.C. 561; *Ofer c. Chief Military Prosecutor* (l'affaire *Kafr Qassem*) [Appel 279-283/58, *Psakim* (Jugements des Cours de district d'Israël), vol. 44, à la p. 362], dans *Pal. Y.B. Int'l L.* (1985), vol. 2, p. 69; *The Einsatzgruppen Case*, 4 Trials of War Criminals 470 (1948); *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international*, t. 22, (1946) (Texte officiel en langue française); *Kelsey c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 220; *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449; *Dunlop c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 881; *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Williams* (1985), 18 C.C.C. (3d) 356; *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *Campbell c. The Queen* (1982), 31 C.R. (3d) 166; *R. c. S. (P.R.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 109; *R. c. Harris* (1927), 20 Cr. App. R. 86; *R. c. Holden* (1838), 8 Car. & P. 606, 173 E.R. 638; *R. c. Brown*, [1967] 3 C.C.C. 210; *R. c. Bouchard* (1973), 24 C.R.N.S. 31; *R. c. Black* (1990), 55 C.C.C. (3d) 421; *R. c. Tregear*, [1967] 2 Q.B. 574; *United States c. Lutwak*, 195 F.2d 748 (1952), conf. par 344 U.S. 604 (1952), nouvelle audience refusée 345 U.S. 919 (1953); *United States c. Marzano*, 149 F.2d 923 (1945); *United States c. Liddy*, 509 F.2d 428 (1974), *certiorari* refusé 420 U.S. 911 (1975); *Young c. United States*, 107 F.2d 490 (1939); *Estrella-Ortega c. United States*, 423 F.2d 509 (1970); *United States c.*

(1944); *Steinberg v. United States*, 162 F.2d 120 (1947); *United States v. Browne*, 313 F.2d 197 (1963); *United States v. Ostrer*, 422 F.Supp. 93 (1976); *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.) (Prostitution Reference)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296.

By La Forest J. (dissenting in part)

R. v. Symes, [1993] 4 S.C.R. 695; *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. 22, (1946) (Official Text in the English Language); *Attorney-General of the Government of Israel v. Eichmann* (1961), 36 I.L.R. 5, aff'd (1962), 36 I.L.R. 277; *The Almelo Trial*, 1 Law Reports of Trials of War Criminals 35 (1945); *Trial of Lothar Eisentrager*, 14 Law Reports of Trials of War Criminals 8 (1949); *Demjanjuk v. Petrovsky*, 776 F.2d 571 (1985), *certiorari* denied, 475 U.S. 1016 (1986); *Josef Altstötter Trial (The Justice Trial)*, 6 Law Reports of Trials of War Criminals 1 (1947); *The Case of the S.S. "Lotus"* (1927), P.C.I.J., Ser. A, No. 10; *McVey (Re); McVey v. United States of America*, [1992] 3 S.C.R. 475; *R. v. Finta* (1989), 69 O.R. (2d) 557; *Polyukhovich v. Commonwealth of Australia* (1991), 101 A.L.R. 545; *Balcombe v. The Queen*, [1954] S.C.R. 303; *Bolduc v. Attorney General of Quebec*, [1982] 1 S.C.R. 573; *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5; *West Rand Central Gold Mining Co. v. The King*, [1905] 2 K.B. 391; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178; *Ofer v. Chief Military Prosecutor* (the *Kafr Qassem* case), [Appeal 279-283/58, *Psakim* (Judgments of the District Courts of Israel), vol. 44, at p. 362], in *Pal. Y.B. Int'l L.* (1985), vol. 2, p. 69; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594; *R. v. L. (W.K.)*, [1991] 1 S.C.R. 1091.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(*a*), (*b*), (*d*), (*f*), (*g*), 12, 15, 24(1).
Charter of the International Military Tribunal, Art. 6(*c*), 8.

Pape, 144 F.2d 778 (1944); *Steinberg c. United States*, 162 F.2d 120 (1947); *United States c. Browne*, 313 F.2d 197 (1963); *United States c. Ostrer*, 422 F.Supp. 93 (1976); *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code Criminel (Man.) (Renvoi sur la prostitution)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296.

Citée par le juge La Forest (dissident en partie)

R. c. Symes, [1993] 4 R.C.S. 695; *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international*, t. 22, (1946) (Texte officiel en langue française); *Attorney-General of the Government of Israel c. Eichmann* (1961), 36 I.L.R. 5, conf. par (1962), 36 I.L.R. 277; *The Almelo Trial*, 1 Law Reports of Trials of War Criminals 35 (1945); *Trial of Lothar Eisentrager*, 14 Law Reports of Trials of War Criminals 8 (1949); *Demjanjuk c. Petrovsky*, 776 F.2d 571 (1985), *certiorari* refusé, 475 U.S. 1016 (1986); *Josef Altstötter Trial (The Justice Trial)*, 6 Law Reports of Trials of War Criminals 1 (1947); Affaire du «Lotus» (1927), C.P.J.I., sér. A, nº 10; *McVey (Re); McVey c. États-Unis d'Amérique*, [1992] 3 R.C.S. 475; *R. c. Finta* (1989), 69 O.R. (2d) 557; *Polyukhovich c. Commonwealth of Australia* (1991), 101 A.L.R. 545; *Balcombe c. The Queen*, [1954] R.C.S. 303; *Bolduc c. Procureur général du Québec*, [1982] 1 R.C.S. 573; *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5; *West Rand Central Gold Mining Co. c. The King*, [1905] 2 K.B. 391; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178; *Ofer c. Chief Military Prosecutor* (l'affaire *Kafr Qassem*) [Appel 279-283/58, *Psakim* (Jugements des Cours de district d'Israël), vol. 44, à la p. 362], dans *Pal. Y.B. Int'l L.* (1985), vol. 2, p. 69; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594; *R. c. L. (W.K.)*, [1991] 1 R.C.S. 1091.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11*a*), *b*), *d*), *f*), *g*), 12, 15, 24(1).
Code criminel, S.R.C. 1927, ch. 36.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 213*a*).

Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land (Hague Convention IV, 1907).
Criminal Code, R.S.C. 1927, c. 36.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 213(*a*).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 6(2) [rep. & sub. R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 4; am. French version, R.S.C., 1985, c. 1 (4th Supp.), s. 18, Schedule 1, item 1], 7(3) [rep. & sub. R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 5(1)], (3.1) [ad. *ibid.*, s. 5(3)], (3.71) [ad. R.S.C., 1985, c. 30 (3rd Supp.), s. 1], (3.72) [ad. *idem*], (3.73) [ad. *idem*], (3.74) [ad. *idem*], (3.76) [ad. *idem*], (3.77) [ad. R.S.C., 1985, c. 10 (3rd Supp.), s. 1], (4), 14, 15, 19, 25, 74(2), 465(1)(*a*) [rep. & sub. R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 61(1)], (3) [rep. & sub. *ibid.*, s. 61(4)], 477.1 [ad. S.C. 1990, c. 44, s. 15], 607(6) [ad. R.S.C., 1985, c. 30 (3rd Supp.), s. 1].
Federal Rules of Evidence, Rule 614(a).
Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field of August 12, 1949, 75 U.N.T.S. 31.
Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field, 27 July 1929, 118 L.N.T.S. 303.
Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea of August 12, 1949, 75 U.N.T.S. 85.
Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in time of War of August 12, 1949, 75 U.N.T.S. 287.
Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of August 12, 1949, 75 U.N.T.S. 135.
Order in Council, P.C. 1985-348.
Statute of the International Court of Justice, Art. 38(1).
War Crimes Act 1991, 1991 (U.K.), c. 13.
War Crimes Amendment Act 1988, 1989 (Aust.), No. 3.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 6(2) [abr. & rempl. L.R.C. (1985), ch. 27 (1er suppl.), art. 4; mod. version française, L.R.C. (1985), ch. 1 (4e suppl.), art. 18, annexe 1, nº 1], 7(3) [abr. & rempl. L.R.C. (1985), ch. 27 (1er suppl.), art. 5(1)], (3.1) [aj. *ibid.*, art. 5(3)], (3.71) [aj. L.R.C. (1985), ch. 30 (3e suppl.), art. 1], (3.72) [aj. *idem*], (3.73) [aj. *idem*], (3.74) [aj. *idem*], (3.76) [aj. *idem*], (3.77) [aj. L.R.C. (1985), ch. 10 (3e suppl.), art. 1], (4), 14, 15, 19, 25, 74(2), 465(1)*a*) [abr. & rempl. L.R.C. (1985), ch. 27 (1er suppl.), art. 61(1)], (3) [abr. & rempl. *ibid.*, art. 61(4)], 477.1 [aj. L.C. 1990, ch. 44, art. 15], 607(6) [aj. L.R.C. (1985), ch. 30 (3e suppl.), art. 1].
Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (Convention IV de La Haye de 1907).
Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne, le 27 juillet 1929, 118 R.T.S.N. 303.
Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 31.
Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer du 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 85.
Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 135.
Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 287.
Décret, C.P. 1985-348.
Federal Rules of Evidence, Rule 614a).
Statut de la Cour internationale de Justice, art. 38(1).
Statut du Tribunal militaire international, art. 6c), 8.
War Crimes Act 1991, 1991 (R.-U.), ch. 13.
War Crimes Amendment Act 1988, 1989 (Austr.), nº 3.

Authors Cited

American Law Institute. *Restatement (Third) of the Law, the Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1987.
Annot., 53 A.L.R. Fed. 498.
Annot., 67 A.L.R.2d 538.
Archbold, John Frederick. *Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases*, 45th ed. General editor, P. J. Richardson. London: Sweet & Maxwell, 1993.
Bakker, Jeanne L. "The Defense of Obedience to Superior Orders: The Mens Rea Requirement" (1989), 17 *Am. J. Crim. L.* 55.

Doctrine citée

American Law Institute. *Restatement (Third) of the Law, the Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1987.
Annot., 53 A.L.R. Fed. 498.
Annot., 67 A.L.R.2d 538.
Archbold, John Frederick. *Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases*, 45th ed. General editor, P. J. Richardson. London: Sweet & Maxwell, 1993.
Bakker, Jeanne L. «The Defense of Obedience to Superior Orders: The Mens Rea Requirement» (1989), 17 *Am. J. Crim. L.* 55.

Bassiouni, M. Cherif. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1992.

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990.

Canada. Commission of Inquiry on War Criminals. *Commission of Inquiry on War Criminals Report, Part I: Public*. Jules Deschênes, Commissioner. Ottawa: The Commission, 1986.

Canada. Law Reform Commission. *Our Criminal Law*. Ottawa: Information Canada, 1976.

Canada. Parliament. Special Joint Committee on the Constitution of Canada. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, Issue no. 41 (January 20, 1981) and Issue no. 47 (January 28, 1981). First Session of the Thirty-second Parliament, 1980-81. Ottawa: Queen's Printer, 1981.

Cross, Rupert, Sir. *Cross on Evidence*, 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.

Dinstein, Yoram. *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law*. Leyden, The Netherlands: A. W. Sijthoff, 1965.

Fenrick, W. J. "The Prosecution of War Criminals in Canada" (1989), 12 *Dalhousie L.J.* 256.

Green, Leslie Claude. "Canadian Law, War Crimes and Crimes Against Humanity" (1988), 59 *Brit. Y.B. Int'l L.* 217.

Green, Leslie Claude. *International Law: A Canadian Perspective*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1988.

Green, Leslie Claude. "Superior Orders and Command Responsibility" (1989), 27 *Can. Y.B. Int'l L.* 167.

Green, Leslie Claude. "Superior Orders and the Reasonable Man". In *Essays on the Modern Law of War*. Dobbs Ferry, N.Y.: Transnational Publishers, 1985.

Green, Leslie Claude. *Superior Orders in National and International Law*. Leyden, The Netherlands: A. W. Sijthoff, 1976.

Green, Leslie Claude. "The Defence of Superior Orders in the Modern Law of Armed Conflict" (1993), 31 *Alta. L. Rev.* 320.

Greenspan, Morris. *The Modern Law of Land Warfare*. Berkeley: University of California Press, 1959.

Kelsen, Hans. "The Rule Against *Ex Post Facto* Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals" (1945), 2:3 *Judge Advocate J.* 8.

Kelsen, Hans. "Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?" (1947), 1 *Int'l L.Q.* 153.

Lachs, Manfred. *War Crimes: An Attempt to Define the Issues*. London: Stevens & Sons, 1945.

Bassiouni, M. Cherif. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1992.

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990.

Canada. Commission d'enquête sur les criminels de guerre. *Rapport de la Commission d'enquête sur les criminels de guerre, Partie I: Publique*. Jules Deschênes, Commissaire. Ottawa: La Commisssion, 1986.

Canada. Commission de réforme du droit. *Notre droit pénal*. Ottawa: Information Canada, 1976.

Canada. Parlement. Comité mixte spécial sur la Constitution du Canada. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, fascicule nº 41 (20 janvier 1981) et fascicule nº 47 (28 janvier 1981). Première session de la trente-deuxième législature, 1980-1981. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1981.

Cross, Rupert, Sir. *Cross on Evidence*, 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.

Dinstein, Yoram. *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law*. Leyden, The Netherlands: A. W. Sijthoff, 1965.

Fenrick, W. J. «The Prosecution of War Criminals in Canada» (1989), 12 *Dalhousie L.J.* 256.

Green, Leslie Claude. «Canadian Law, War Crimes and Crimes Against Humanity» (1988), 59 *Brit. Y.B. Int'l L.* 217.

Green, Leslie Claude. *International Law: A Canadian Perspective*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1988.

Green, Leslie Claude. «Superior Orders and Command Responsibility» (1989), 27 *Can. Y.B. Int'l L.* 167.

Green, Leslie Claude. «Superior Orders and the Reasonable Man». In *Essays on the Modern Law of War*. Dobbs Ferry, N.Y.: Transnational Publishers, 1985.

Green, Leslie Claude. *Superior Orders in National and International Law*. Leyden, The Netherlands: A. W. Sijthoff, 1976.

Green, Leslie Claude. «The Defence of Superior Orders in the Modern Law of Armed Conflict» (1993), 31 *Alta. L. Rev.* 320.

Greenspan, Morris. *The Modern Law of Land Warfare*. Berkeley: University of California Press, 1959.

Kelsen, Hans. «The Rule Against *Ex Post Facto* Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals» (1945), 2:3 *Judge Advocate J.* 8.

Kelsen, Hans. «Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?» (1947), 1 *Int'l L.Q.* 153.

Lauterpacht, Hersch. "The Law of Nations and the Punishment of War Crimes" (1944), 21 *Brit. Y.B. Int'l L.* 58.

Matas, David. *Justice Delayed: Nazi War Criminals in Canada.* By David Matas with Susan Charendoff. Toronto: Summerhill Press, 1987.

Maxwell-Fyfe, David, Sir. Foreword. In R. W. Cooper, *The Nuremberg Trial.* London: Penguin Books, 1947.

McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, vol. 1, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf).

Newark, Michael and Alec Samuels. "Let the Judge Call the Witness", [1969] *Crim. L. Rev.* 399.

Oppenheim, L. *International Law: A Treatise*, 6th ed., vol. 2. Edited by H. Lauterpacht. London: Longmans, Green and Co., 1944.

Phipson, Sidney Lovell. *Phipson on Evidence*, 14th ed. By Michael Newman Howard, Peter Crane and Daniel A. Hochberg. London: Sweet & Maxwell, 1990.

Schwarzenberger, Georg. *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, vol. 2, *The Law of Armed Conflict.* London: Stevens & Sons, 1968.

Schwelb, Egon. "Crimes Against Humanity" (1946), 23 *Brit. Y.B. Int'l L.* 178.

Smith, J. C. and Brian Hogan. *Criminal Law*, 7th ed. London: Butterworths, 1992.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada.* Toronto: Butterworths, 1992.

Stenning, Philip C. "One Blind Man To See Fair Play: The Judge's Right To Call Witnesses" (1974), 24 C.R.N.S. 49.

Stone, Julius. *Legal Controls of International Conflict.* Holmes Beach, Florida: Wm. W. Gaunt & Sons, Inc., 1974.

Szegedi uj Nemzedék, April 9, 1944.

Triggs, Gillian. "Australia's War Crimes Trials: A Moral Necessity or Legal Minefield?" (1987), 16 *M.U.L.R.* 382.

United Nations. General Assembly. United Nations Resolution on *Principles of international cooperation in the detection, arrest, extradition, and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity.* G.A. Res. 3074, 28 U.N. GAOR Supp. (No. 30) 78, U.N. Doc. A/9030 (1973).

Lachs, Manfred. *War Crimes: An Attempt to Define the Issues.* London: Stevens & Sons, 1945.

Lauterpacht, Hersch. «The Law of Nations and the Punishment of War Crimes» (1944), 21 *Brit. Y.B. Int'l L.* 58.

Matas, David. *Justice Delayed: Nazi War Criminals in Canada.* By David Matas with Susan Charendoff. Toronto: Summerhill Press, 1987.

Maxwell-Fyfe, David, Sir. Foreword. In R. W. Cooper, *The Nuremberg Trial.* London: Penguin Books, 1947.

McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, vol. 1, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf).

Nations Unies. Assemblée générale. Résolution des Nations Unies sur les *Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtiment des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité.* A.G. Rés. 3074, 28 N.U. AGDO, suppl. (nº 30) 85, Doc. A/9030 N.U. (1973).

Nations Unies. Commission du droit international. *Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremburg et dans le jugement de ce Tribunal.* N.U. AGDO, 5e sess., suppl. nº 12 (A/1316).

Newark, Michael and Alec Samuels. «Let the Judge Call the Witness», [1969] *Crim. L. Rev.* 399.

Oppenheim, L. *International Law: A Treatise*, 6th ed., vol. 2. Edited by H. Lauterpacht. London, Longmans, Green and Co., 1944.

Phipson, Sidney Lovell. *Phipson on Evidence*, 14th ed. By Michael Newman Howard, Peter Crane and Daniel A. Hochberg. London: Sweet & Maxwell, 1990.

Schwarzenberger, Georg. *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, vol. 2, *The Law of Armed Conflict.* London: Stevens & Sons, 1968.

Schwelb, Egon. «Crimes Against Humanity» (1946), 23 *Brit. Y.B. Int'l L.* 178.

Smith, J. C. and Brian Hogan. *Criminal Law*, 7th ed. London: Butterworths, 1992.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada.* Toronto: Butterworths, 1992.

Stenning, Philip C. «One Blind Man To See Fair Play: The Judge's Right To Call Witnesses» (1974), 24 C.R.N.S. 49.

United Nations. International Law Commission. *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal.* U.N. GAOR, 5th Sess., Supp. No. 12 (A/1316).

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. IA. Revised by Peter Tillers. Boston: Little, Brown & Co., 1983.

Williams, S. A. and A. L. C. de Mestral. *An Introduction to International Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1987.

Stone, Julius. *Legal Controls of International Conflict.* Holmes Beach, Florida: Wm. W. Gaunt & Sons, Inc., 1974.

Szegedi uj Nemzedék, April 9, 1944.

Triggs, Gillian. «Australia's War Crimes Trials: A Moral Necessity or Legal Minefield?» (1987), 16 *M.U.L.R.* 382.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. IA. Revised by Peter Tillers. Boston: Little, Brown & Co., 1983.

Williams, S. A. and A. L. C. de Mestral. *An Introduction to International Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1987.

APPEAL AND CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 92 D.L.R. (4th) 1, 73 C.C.C. (3d) 65, 14 C.R. (4th) 1, 53 O.A.C. 1, 9 C.R.R. (2d) 91, dismissing an appeal from acquittal by Campbell J. sitting with jury. Appeal dismissed, La Forest, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting. Cross-appeal dismissed. Sections 7(3.74) and 7(3.76) of the *Criminal Code* do not violate ss. 7, 11(*a*), (*b*), (*d*), (*g*), 12 or 15 of the *Charter*.

C. A. Amerasinghe, Q.C., and *Thomas C. Lemon*, for the appellant.

Douglas H. Christie and *Barbara Kulaszka*, for the respondent.

David Matas, for the intervener League for Human Rights of B'Nai Brith Canada.

Edward M. Morgan, for the intervener Canadian Jewish Congress.

Joseph R. Nuss, Q.C., and *Lieba Shell*, for the intervener InterAmicus.

The following are the reasons delivered by

LAMER C.J. — I have read the reasons of my colleagues, Justice La Forest and Justice Cory. For the reasons given by Cory J. I would dismiss the appeal. This being so, I would dismiss the cross-appeal as being moot.

POURVOI ET POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 92 D.L.R. (4th) 1, 73 C.C.C. (3d) 65, 14 C.R. (4th) 1, 53 O.A.C. 1, 9 C.R.R. (2d) 91, qui a rejeté un appel d'un acquittement prononcé par le juge Campbell siégeant avec jury. Pourvoi rejeté, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidents. Pourvoi incident rejeté. Les paragraphes 7(3.74) et 7(3.76) du *Code criminel* ne violent pas l'art. 7, les al. 11*a*), *b*), *d*), *g*), ni les art. 12 ou 15 de la *Charte*.

C. A. Amerasinghe, c.r., et *Thomas C. Lemon*, pour l'appelante.

Douglas H. Christie et *Barbara Kulaszka*, pour l'intimé.

David Matas, pour l'intervenante la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada.

Edward M. Morgan, pour l'intervenant le Congrès juif canadien.

Joseph R. Nuss, c.r., et *Lieba Shell*, pour l'intervenant InterAmicus.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER — J'ai lu les motifs de mes collègues les juges La Forest et Cory. Pour les motifs énoncés par le juge Cory, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi incident en raison de son caractère théorique.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

LA FOREST J. (dissenting) — This case concerns the proper understanding of s. 7(3.71)-(3.73) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which constitutes the scheme designed by Parliament to bring war criminals and perpetrators of crimes against humanity to justice in Canada. It also raises a number of issues concerning the constitutional validity of this legislation under several provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The legislation was enacted pursuant to the Report of the Deschênes Commission on War Criminals, *Commission of Inquiry on War Criminals Report*, Jules Deschênes, Commissioner (1986). The Commission was established by Order-in-Council No. 1985-348, which stated, in part, that the "Government of Canada wishes to adopt all appropriate measures necessary to ensure that any . . . war criminals currently resident in Canada . . . are brought to justice". Although the report, released December 30, 1986, named 774 alleged war criminals resident in Canada, to date there have been no convictions obtained using s. 7(3.71)-(3.73). This appeal concerns the first prosecution ever attempted under this legislation.

Facts

The accused, Imre Finta, was born in Kolozsvar, Hungary (now a part of Romania) in 1912. During the 1930s, he lived and studied law in Szeged, Hungary. In 1935, Mr. Finta enrolled in the Royal Hungarian Military Academy and in January 1939 he was commissioned as an officer in the Royal Hungarian Gendarmerie. The Gendarmerie is most accurately described as an armed paramilitary police force which served the Hungarian government by wielding political muscle in the country's more rural areas. By 1942, Mr. Finta had achieved the rank of captain in this notorious organization.

Version française des motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident) — Le présent pourvoi porte sur le sens des par. 7(3.71) à (3.73) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui constituent le régime conçu par le législateur pour que les criminels de guerre et les auteurs de crimes contre l'humanité soient traduits en justice au Canada. Il soulève également bon nombre de questions touchant la constitutionnalité de ces dispositions au regard de plusieurs dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Les dispositions en question ont été adoptées à la suite du rapport de la Commission Deschênes sur les criminels de guerre, *Rapport de la Commission d'enquête sur les criminels de guerre* — Jules Deschênes, commissaire (1986). La Commission a été créée par le décret nº 1985-348, qui énonçait en partie que le «gouvernement du Canada souhaite prendre toutes les mesures nécessaires pour traduire en justice les criminels de guerre pouvant se trouver sur le territoire canadien». Bien que le rapport, publié le 30 décembre 1986, énumère 774 personnes qu'on allègue être des criminels de guerre résidant au Canada, il n'y a eu à ce jour aucune déclaration de culpabilité fondée sur les par. 7(3.71) à (3.73). Il s'agit en l'espèce de la première poursuite intentée en vertu de ces dispositions législatives.

Les faits

L'accusé, Imre Finta, est né à Kolozsvar (Hongrie) (qui fait maintenant partie de la Roumanie) en 1912. Dans les années 1930, il vit à Szeged (Hongrie), où il étudie le droit. En 1935, M. Finta s'enrôle dans l'Académie militaire royale de la Hongrie et, en janvier 1939, il est nommé officier dans la Gendarmerie royale de la Hongrie. Celle-ci est plus exactement décrite comme une force policière paramilitaire armée qui sert le gouvernement hongrois en exerçant une certaine force politique dans les parties les plus rurales du pays. En 1942, M. Finta a atteint le rang de capitaine dans cette organisation notoire.

In March 1944, Mr. Finta was posted to Szeged as commander of the investigative subdivision of the Gendarmerie. That same month Hungary had been occupied by the forces of the Third Reich. Despite the fact that Hungary had joined the Axis powers in 1940, Germany proceeded to install an even more pro-German puppet government in the Hungarian capital of Budapest. Thus, throughout the relevant period, Hungary was a *de facto* occupied state. The Hungarian police and the Gendarmerie came under the direct command of the German SS, and these two organizations were instrumental in administering the anti-Jewish laws adopted by the Nazi government of Germany and the Hungarian government under its control.

The charges against Mr. Finta stem from his time in Szeged. Mr. Finta is alleged to have been in charge of the "de-jewification" of Szeged during the spring of 1944. This activity was authorized by the so-called "Baky Order", the Hungarian Ministry of the Interior Order passed on April 7, 1944. In its essentials, the "Baky Order" called for the isolation, complete expropriation, ghettoization, concentration, entrainment, and eventual deportation (primarily to Auschwitz and Birkenau) of all Hungarian Jews. Once there, these Jews faced either immediate extermination or forced labour followed by eventual extermination. The events at Szeged were duplicated in villages and towns across Hungary throughout that unfortunate spring. There can be no doubt that this process, which my colleague, Justice Cory, has described in all its horrific detail, was an integral part of what the Nazis themselves dubbed the "final solution" to the "Jewish problem", namely the systematic slaughter of every last European Jew.

In 1947-48, Mr. Finta was tried and convicted, *in absentia*, by a Szeged court for "crimes against the people" relating to his role as a Gendarmerie captain during the spring of 1944 purge of Szeged's Jewish population. In 1951, Finta immigrated to Canada. In 1956 he became a Canadian citizen, and has lived in this country ever since.

En mars 1944, il est nommé commandant de la division des enquêtes de la Gendarmerie à Szeged. Le même mois, la Hongrie est occupée par les forces du Troisième Reich. Bien que la Hongrie se soit jointe aux pays de l'Axe en 1940, l'Allemagne met en place un gouvernement fantoche encore plus pro-allemand dans la capitale hongroise de Budapest, si bien que, durant la période pertinente, la Hongrie est en fait occupée. Sous l'autorité directe des SS allemands, la police hongroise et la Gendarmerie contribuent toutes deux à l'application des lois antisémites adoptées par le gouvernement nazi de l'Allemagne et le gouvernement hongrois sous sa férule.

Les accusations portées contre M. Finta sont reliées à l'époque où il vivait à Szeged. On allègue que M. Finta a été chargé, au printemps 1944, de «déjudaïser» Szeged. Il s'autorisait alors de ce qu'on a appelé le «décret de Baky», pris par le ministre de l'Intérieur hongrois le 7 avril 1944. Essentiellement, le «décret de Baky» prévoit l'isolation, l'expropriation totale, le rassemblement dans les ghettos, la concentration, l'embarquement et enfin la déportation (principalement à Auschwitz et à Birkenau) de tous les Juifs hongrois. Une fois dans ces camps, ces Juifs ont été soit exterminés immédiatement, soit assignés aux travaux forcés, puis exterminés. Les événements de Szeged se sont répétés dans les villes et villages de la Hongrie pendant tout ce funeste printemps. Il n'y a pas de doute que ce plan, que mon collègue le juge Cory a décrit dans tous ses détails morbides, s'inscrivait dans ce que les Nazis eux-mêmes ont appelé la «solution finale» au «problème juif», c'est-à-dire le massacre systématique de tous les Juifs européens.

En 1947 et 1948, M. Finta a été jugé et déclaré coupable in absentia par un tribunal de Szeged pour «crimes contre le peuple» en raison du rôle qu'il a joué à titre de capitaine de la Gendarmerie, au printemps 1944, dans l'élimination de la population juive de Szeged. En 1951, Finta a immigré au Canada et, en 1956, il est devenu citoyen canadien. Depuis lors, il vit ici.

Mr. Finta was charged with unlawful confinement, robbery, kidnapping and manslaughter of 8,617 Jews between May 16 and June 30, 1944 at or about Szeged, Hungary, thereby committing an offence under the definitions of these crimes in the *Criminal Code* existing at the time the offences were committed. The indictment added that such offences constituted crimes against humanity and war crimes under what is now s. 7(3.71) of the *Criminal Code*. The latter reference was added because prosecution for crimes committed abroad cannot ordinarily take place in Canada since criminal offences are generally confined to conduct that takes place in Canada (s. 6 of the *Code*), and the conduct alleged here took place in Hungary. Section 7(3.71), however, permits prosecution for conduct outside Canada if such conduct constitutes a crime against humanity or a war crime and would have been a crime in Canada at the time it took place had it been committed here. As Cory J. states, the principal issue in this case concerns a proper understanding of this and related provisions permitting persons to be prosecuted in Canada for crimes against Canadian law if these crimes also constitute crimes against humanity or war crimes under international law.

Monsieur Finta a été accusé de séquestration, de vol qualifié, d'enlèvement et d'homicide involontaire coupable commis contre 8 617 Juifs entre le 16 mai et le 30 juin 1944 à Szeged (Hongrie) ou aux environs, et d'avoir ainsi commis une infraction visée par la définition de ces crimes au *Code criminel* en vigueur à l'époque où les infractions ont été commises. L'acte d'accusation indique également que ces infractions constituent des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre aux termes de ce qui est maintenant le par. 7(3.71) du *Code criminel*. Ce dernier renvoi a été ajouté parce que les crimes commis à l'étranger ne peuvent normalement faire l'objet de poursuites au Canada, les infractions criminelles étant généralement limitées aux actes commis au Canada (art. 6 du *Code*), alors que l'acte allégué en l'espèce a été commis en Hongrie. Le paragraphe 7(3.71) permet toutefois qu'une poursuite soit engagée à l'égard de l'acte commis à l'extérieur du Canada si cet acte constitue un crime contre l'humanité ou un crime de guerre qui, s'il avait été commis au Canada, y aurait constitué un crime à l'époque où il a été commis. Comme le juge Cory le signale, la question principale en l'espèce porte sur la signification de cette disposition et de celles qui y sont reliées, qui permettent que des personnes soient poursuivies au Canada relativement à des infractions aux lois du Canada si ces infractions constituent également des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre en droit international.

My colleague has set forth the judicial history of the case and I need not repeat it except as may be necessary in setting forth my views. For the moment, it suffices to set forth the basic procedural steps in the proceedings. Following a pre-trial motion before the late Callaghan A.C.J. of the Ontario Court, General Division, to consider a number of constitutional issues regarding the validity of the legislation under the *Charter*, a trial was held before Campbell J. sitting with a jury. The accused was acquitted and the acquittal was affirmed by a majority of the Ontario Court of Appeal, Dubin C.J. and the late Tarnopolsky J.A.

Mon collègue a exposé l'historique judiciaire de l'affaire. Je suis donc dispensé de le reprendre, sauf dans la mesure où la formulation de mes opinions l'exige. Pour l'instant, il suffit d'exposer les étapes principales de l'instance. À la suite d'une requête préliminaire présentée devant le regretté juge en chef adjoint Callaghan de la Cour de l'Ontario, Division générale, afin que soient étudiées certaines questions concernant la constitutionnalité des dispositions législatives au regard de la *Charte*, un procès a été tenu devant le juge Campbell, siégeant avec jury. L'accusé a été acquitté, acquittement que la Cour d'appel de l'Ontario à la majorité a confirmé, le juge en chef Dubin et le regretté juge Tarnopolsky étant dissidents. Le ministère

dissenting. From that decision, the Crown appealed to this Court, raising seven grounds of appeal.

The Issues

It is only necessary for me to deal with the first two grounds of appeal. These relate to (1) the proper understanding of the jurisdictional nature of the war crimes provisions, and (2) the requirements of international law in relation to the mental element in such crimes. That is because, in my view, serious errors were made in respect of these issues that require the ordering of a new trial. That being so, it is unnecessary for me to address the other issues, which for the most part go to the particular manner in which the trial was conducted. It is right to say, however, that had the provisions been interpreted in the manner I propose, some of the problems, notably in relation to the inflammatory address by defence counsel, could have been avoided or at least mitigated.

In dealing with the two issues I have outlined, I propose to confine myself to attempting to discern the intention of Parliament in enacting the war crimes provision by reference to the ordinary rules of statutory interpretation. The trial judge and the majority of the Court of Appeal attempted to interpret it in light of certain concerns they had about the implications of the *Charter*. While I agree that where a possible interpretation of a provision is consistent with the *Charter*, and another is not, the former is to be preferred, that approach cannot go so far as to permit the courts to rewrite the section; see *R. v. Symes*, [1993] 4 S.C.R. 695. At all events, I do not think the provision as interpreted in accordance with the ordinary canons of statutory construction in any way breaches *Charter* values. I shall discuss the *Charter* issues that constitute the *leitmotif* of the respondent's interpretative approach later, and conclude with the other *Charter* challenges raised in the cross-appeal.

Before entering into a detailed examination of the issues I have just outlined, it is important first to set forth the general economy of s. 7(3.71)-

public se pourvoit contre cette décision devant notre Cour, faisant valoir sept moyens d'appel.

Les questions en litige

Il suffit que j'examine les deux premiers moyens d'appel. Ils concernent (1) le sens de la nature juridictionnelle des dispositions relatives aux crimes de guerre et (2) les exigences du droit international relatives à l'élément moral requis à l'égard de tels crimes. C'est à mon avis en raison des graves erreurs commises à l'égard de ces questions qu'un nouveau procès doit être ordonné. Cela étant, je n'ai pas à examiner les autres questions qui, pour la plupart, portent sur la manière dont le procès s'est déroulé. Il est vrai toutefois que, si les dispositions avaient été interprétées comme je le propose, certaines difficultés, notamment celles relatives à l'exposé incendiaire de l'avocat de la défense, auraient pu être évitées ou à tout le moins atténuées.

Dans mon analyse des deux questions que j'ai énoncées, je tenterai seulement de saisir l'intention du législateur lorsqu'il a adopté la disposition relative aux crimes de guerre, en me rapportant aux règles ordinaires d'interprétation des lois. Le juge du procès et la Cour d'appel à la majorité ont tenté d'interpréter cette disposition à la lumière de certaines de leurs préoccupations face aux incidences de la *Charte*. Certes, je conviens qu'entre l'interprétation d'une disposition qui est compatible avec la *Charte* et celle qui ne l'est pas, il faut préférer la première, mais les tribunaux ne sont toutefois pas pour autant autorisés à récrire l'article en question; voir l'arrêt *R. c. Symes*, [1993] 4 R.C.S. 695. Quoi qu'il en soit, la disposition, interprétée selon les règles ordinaires d'interprétation législative, ne viole à mon avis en aucune façon les valeurs reconnues dans la *Charte*. J'analyserai plus tard les questions relatives à la *Charte* qui forment le leitmotiv sur lequel repose la méthode interprétative avancée par l'intimé, et je conclurai avec les autres contestations fondées sur la *Charte* soulevées dans le pourvoi incident.

Avant d'entreprendre l'étude détaillée des questions que je viens d'énoncer, il importe en premier lieu d'exposer l'économie générale des par.

(3.77) and the interrelationship of these provisions with international law for, in my view, this constitutes a necessary first step to a consideration of the specific issues. For a failure to grasp these general issues seems to me to lie at the root of much of the confusion that has arisen in this case.

Interrelationship of International Law and Section 7(3.71)-(3.76)

War crimes and crimes against humanity are crimes under international law. They are designed to enforce the prescriptions of international law for the protection of the lives and the basic human rights of the individual, particularly, as befits an international prescription, against the actions of states. They are acts universally recognized as criminal according to general principles of law recognized by the community of nations. While some of these crimes have been given a considerable measure of definition in international documents, as a whole they have not been reduced to the precision one finds in a national system of law. Crimes against humanity, in particular, are expressed in broad compendious terms relying broadly on principles of criminality generally recognized by the international community. Consequently, s. 7(3.76) defines crimes against humanity and war crimes as follows:

7. . . .

(3.76) For the purposes of this section,

. . .

"crime against humanity" means murder, extermination, enslavement, deportation, persecution or any other inhumane act or omission that is committed against any civilian population or any identifiable group of persons, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission, and that, at that time and in that place, constitutes a contravention of customary international law or conventional international law or is criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations;

7(3.71) à (3.77) et leur corrélation avec le droit international, puisque c'est, à mon avis, une première étape essentielle à l'examen des questions données. En effet, le fait de ne pas avoir saisi ces questions générales me semble être à l'origine de la plus grande part de la confusion en l'espèce.

La corrélation entre le droit international et les par. 7(3.71) à (3.76)

Les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité sont des crimes en droit international. Ils sont conçus de manière que soient observées les prescriptions du droit international qui visent la protection de la vie et des droits fondamentaux de chaque individu, particulièrement, comme il convient à une prescription internationale de le faire, contre les actes de l'État. Ils sont des actes universellement reconnus comme ayant un caractère criminel selon les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations. Si certains de ces crimes ont été considérablement précisés dans les documents internationaux, dans l'ensemble, ils n'ont pu faire l'objet d'autant de précision que ce que l'on retrouve dans un régime juridique national. Les crimes contre l'humanité, en particulier, sont énoncés en termes généraux et succincts, qui reposent en grande partie sur les principes de criminalité généralement reconnus par la communauté internationale. Ainsi, le par. 7(3.76) définit ainsi les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre:

7. . . .

(3.76) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

. . .

«crime contre l'humanité» Assassinat, extermination, réduction en esclavage, déportation, persécution ou autre fait — acte ou omission — inhumain d'une part, commis contre une population civile ou un groupe identifiable de personnes — qu'il ait ou non constitué une transgression du droit en vigueur à l'époque et au lieu de la perpétration — et d'autre part, soit constituant, à l'époque et dans ce lieu, une transgression du droit international coutumier ou conventionnel, soit ayant un caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations;

"war crime" means an act or omission that is committed during an international armed conflict, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission, and that, at that time and in that place, constitutes a contravention of the customary international law or conventional international law applicable in international armed conflicts.

«crime de guerre» Fait — acte ou omission — commis au cours d'un conflit armé international — qu'il ait ou non constitué une transgression du droit en vigueur à l'époque et au lieu de la perpétration — et constituant, à l'époque et dans ce lieu, une transgression du droit international coutumier ou conventionnel applicable à de tels conflits.

Since war crimes and crimes against humanity are prescriptions governing the international legal order, it follows that they must apply against states, which have indeed been brought to account in various international fora. But a state must obviously act through individuals and it would frustrate the prosecution and punishment of war crimes and crimes against humanity if individuals could be absolved of culpability for such crimes by reason only that it was not illegal under the law of the state on behalf of which they acted. Consequently, it is clear that the mere existence of such law cannot be a defence to an individual charged with a war crime. This was well stated in *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. 22, (1946) (Official Text in the English Language), in the following passage, at pp. 465-66:

Comme les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité sont des prescriptions qui régissent l'ordre juridique international, ils doivent s'appliquer contre les États, qui ont de fait dû rendre des comptes devant divers tribunaux internationaux. Cependant, un État doit de toute évidence agir par l'entremise d'individus; ce serait donc fermer la porte à la poursuite et à la punition des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité que d'absoudre les individus de toute culpabilité à l'égard de tels crimes pour le seul motif qu'ils n'ont pas transgressé le droit de l'État au nom duquel ils ont agi. Par conséquent, il est évident que la seule existence de ce droit ne peut constituer un moyen de défense dont peut se prévaloir la personne accusée d'avoir commis un crime de guerre. Cela a été bien expliqué dans *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international*, t. 22, (1946) (Texte officiel en langue française), aux pp. 495 et 496:

It was submitted that international law is concerned with the actions of sovereign states and provides no punishment for individuals; and further, that where the act in question is an act of state, those who carry it out are not personally responsible, but are protected by the doctrine of the sovereignty of the state. In the opinion of the Tribunal, both these submissions must be rejected.

On fait valoir que le Droit international ne vise que les actes des États souverains et ne prévoit pas de sanctions à l'égard des délinquants individuels. On a prétendu encore que lorsque l'acte incriminé est perpétré au nom d'un État, les exécutants n'en sont pas personnellement responsables; ils sont couverts par la souveraineté de l'État. Le Tribunal ne peut accepter ni l'une ni l'autre de ces thèses.

. . .

. . . individuals can be punished for violations of international law. Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced.

. . . la violation du Droit international fait naître des responsabilités individuelles. Ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du Droit international.

This principle was adopted in the Canadian legislation. Section 7(3.74) of the *Criminal Code*, reads as follows:

Ce principe a été adopté dans la loi canadienne. Le paragraphe 7(3.74) du *Code criminel*, dispose en effet que:

7. . . .

(3.74) Notwithstanding subsection (3.73) and section 15, a person may be convicted of an offence in respect of an act or omission referred to in subsection (3.71) even if the act or omission is committed in obedience to or in conformity with the law in force at the time and in the place of its commission.

The existence of such *de facto* laws is not, however, totally irrelevant in considering situations where a person had no moral choice in doing what he or she did. This can be seen from the formulation by the International Law Commission in 1950 of the Principles of the Nuremberg Charter and Judgment; see U.N. General Assembly Official Records, 5th Sess., Supp. No. 12 (A/1316). Principle IV reads:

PRINCIPLE IV

The fact that a person acted pursuant to orders of his Government or of a superior does not relieve him from responsibility under international law, provided a moral choice was in fact possible to him.

Having said this, I note in passing that there is ordinarily nothing all that subtle about war crimes. The moral aspect leaps immediately to the consciousness of anyone with any moral sensitivity. The shooting of civilians in the absence of a mistake of fact or a superior order is an example. In the latter case, the accused may raise this as a defence only if he has no moral choice, in which case there are defences available both under international and domestic law. Apart from this, such acts obviously involve moral culpability on the part of the perpetrator. That is surely so of the facts here where the rounding up of 8,617 defenceless people, men, women and children, and confining and transporting them under unspeakable conditions outside the country to meet their fate strikes one as morally vile and inexcusable if it appears that an accused has done this without a valid justification, excuse or defence.

Since war crimes and crimes against humanity reflect the views of the members of the family of nations as they may be found not only in international conventions but also in customary interna-

7. . . .

(3.74) Par dérogation au paragraphe (3.73) et à l'article 15, une personne peut être déclarée coupable d'une infraction à l'égard d'un fait visé au paragraphe (3.71), même commis en exécution du droit en vigueur à l'époque et au lieu de la perpétration ou en conformité avec ce droit.

L'existence de telles lois de facto n'est toutefois pas entièrement sans pertinence dans l'examen des cas où une personne n'avait eu d'autre liberté morale que de faire ce qu'elle a fait. On peut le constater par la formulation en 1950, par la Commission du droit international, des Principes du Statut et de l'arrêt de Nuremberg; voir Documents officiels de l'Assemblée générale des Nations Unies, 5e sess., suppl. nº 12 (A/1316). L'article IV de ces principes dispose:

PRINCIPE IV

Le fait d'avoir agi sur l'ordre de son gouvernement ou celui d'un supérieur hiérarchique ne dégage pas la responsabilité de l'auteur en droit international, s'il a eu moralement la faculté de choisir.

Cela étant dit, je remarque en passant que les crimes de guerre n'ont généralement rien de subtil. L'aspect moral s'impose immédiatement à la conscience de la personne douée de sensibilité morale. Le fait de tirer sur des civils en l'absence d'erreur de fait ou d'ordre d'un supérieur en est un exemple. Dans le dernier cas, l'accusé ne peut recourir à ce moyen de défense que s'il n'a aucune liberté morale, auquel cas il existe des moyens de défense tant en droit international qu'en droit interne. Cela mis à part, ces actes entraînent évidemment la culpabilité morale de l'auteur. C'est sûrement le cas des faits en l'espèce, où le rassemblement de 8 617 hommes, femmes et enfants sans défense, leur isolation et leur transport dans des conditions indescriptibles à l'extérieur du pays, où ils devaient subir leur destin, semblent moralement vils et inexcusables s'il appert que l'accusé a agi ainsi sans excuse, moyen de défense ou justification valide.

Puisque les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité reflètent les opinions des membres de la famille des nations, qui sont formulées non seulement dans les conventions internationales, mais

tional law in respect of such crimes, it follows that they would be subject to similar justifications, excuses and defences as apply in respect of such crimes in domestic law. For one of the sources of international law is "the general principles of law recognized by civilized nations" (see Art. 38(1)(*c*) of the *Statute of the International Court of Justice*, Acts and Documents Concerning the Organization of the Courts, No. 4, *Charter of the United Nations, Statute and Rules of Court and Other Documents* (1978)), a matter specifically referred to in the definition of "crimes against humanity". Consequently, then, provision for these justifications, excuses and defences are provided in s. 7(3.73) of the *Code*. Of particular relevance to war crimes would be issues going to the mental intent, necessity, duress and mistake of fact, as well as defences specifically available to peace officers and military forces. There are, as well, additional defences available for these international crimes, such as military necessity, superior orders and reprisals. By virtue of s. 7(3.73), any justification, excuse or defence available under international law as well as under the law of Canada at the time of the commission of the alleged offence are made available to an accused charged by virtue of the Canadian legislation. Section 7(3.73) reads as follows:

> 7. . . .
>
> (3.73) In any proceedings under this Act with respect to an act or omission referred to in subsection (3.71), notwithstanding that the act or omission is an offence under the laws of Canada in force at the time of the act or omission, the accused may, subject to subsection 607(6), rely on any justification, excuse or defence available under the laws of Canada or under international law at that time or at the time of the proceedings.

It follows from the ordinary principles of criminal law followed in Canadian courts that any reasonable doubt on these matters is to be determined in favour of the accused.

Since war crimes and crimes against humanity are crimes against international prescriptions and,

également dans le droit international coutumier relatif à de tels crimes, il s'ensuit que l'on pourrait invoquer en droit international des justifications, excuses et moyens de défense semblables à ceux qui s'appliquent aux mêmes crimes en droit interne. En effet, le droit international a notamment comme source «les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées» (voir l'al. 38(1)*c*) du *Statut de la Cour internationale de Justice*, Actes et documents relatifs à l'organisation de la Cour, Nº 4, *Charte des Nations Unies, Statut et Règlement de la Cour et autres textes* (1978)), élément expressément mentionné dans la définition de «crime contre l'humanité». Ainsi donc, ces justifications, excuses et moyens de défense sont prévus au par. 7(3.73) du *Code*. Les questions d'intention morale, de nécessité, de coercition et d'erreur de fait, de même que les moyens de défense expressément offerts aux policiers et aux forces militaires sont d'une pertinence particulière à l'égard des crimes de guerre. Il existe également d'autres moyens de défense à l'égard des crimes internationaux, comme la nécessité militaire, les ordres de supérieurs et le risque de représailles. Aux termes du par. 7(3.73), la personne accusée sous le régime de la loi canadienne peut se prévaloir des justifications, excuses ou moyens de défense reconnus en droit international et en droit canadien à l'époque de la perpétration de l'infraction reprochée. Le paragraphe 7(3.73) dispose:

> 7. . . .
>
> (3.73) Sous réserve du paragraphe 607(6) et bien que le fait visé au paragraphe (3.71) constitue une infraction au droit canadien en son état à l'époque de la perpétration, l'accusé peut, dans le cadre des poursuites intentées sous le régime de la présente loi à l'égard de ce fait, se prévaloir des justifications, excuses ou moyens de défense reconnus à cette époque ou celle du procès par le droit canadien ou le droit international.

Selon les principes ordinaires du droit criminel appliqués par les tribunaux canadiens, tout doute raisonnable sur ces questions doit être résolu en faveur de l'accusé.

Puisque les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité sont des crimes contre les prescriptions

indeed, go to the very structure of the international legal order, they are not under international law subject to the general legal prescription (reflected in s. 6(2) of our *Code*) that crimes must ordinarily be prosecuted and punished in the state where they are committed; see *Attorney-General of the Government of Israel v. Eichmann* (1961), 36 I.L.R. 5. Indeed the international community has encouraged member states to prosecute war crimes and crimes against humanity wherever they have been committed. See the four Geneva Conventions of 1949 (*Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field of August 12, 1949*, 75 U.N.T.S. 31, *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea of August 12, 1949*, 75 U.N.T.S. 85, *Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of August 12, 1949*, 75 U.N.T.S. 135, and *Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in time of War of August 12, 1949*, 75 U.N.T.S. 287); United Nations Resolution on *Principles of international cooperation in the detection, arrest, extradition, and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity*, G.A. Res. 3074, 28 U.N. GAOR, Supp. (No. 30) 78, U.N. Doc. A/9030 (1973); *War Crimes Amendment Act 1988*, 1989 Aust., No. 3; *War Crimes Act 1991*, 1991 (U.K.), c. 13; *Restatement (Third) of the Law, the Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1, § 404 (1987); *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, supra*, at p. 461; *The Almelo Trial*, 1 Law Reports of Trials of War Criminals 35 (1945) (U.S.M.T. Almelo); *Trial of Lothar Eisentrager*, 14 Law Reports of Trials of War Criminals 8 (1949) (U.S.M.T. Shanghai), at p. 15; *The Eichmann Case, supra*, at p. 50, aff'd (1962), 36 I.L.R. 277, at p. 299 (Isr. S.C.); *Demjanjuk v. Petrovsky*, 776 F.2d 571 (6th Cir. 1985), at pp. 582-83, *certiorari* denied, 475 U.S. 1016 (1986); I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (4th ed. 1990), at p. 305; S. A. Williams and A. L. C. de Mestral, *An Introduction to International Law* (2nd ed. 1987), at pp. 130-31. It would be pointless to rely solely on the state where such a crime has been committed, since that state will often be

internationales et que, de fait, ils attaquent la structure même de l'ordre juridique international, ils ne sont pas, en droit international, assujettis à la prescription juridique générale (reproduite au par. 6(2) du *Code*), portant que les auteurs de crimes doivent généralement être poursuivis et punis dans l'État où ils ont commis le crime; voir *Attorney-General of the Government of Israel c. Eichmann* (1961), 36 I.L.R. 5. En fait, la communauté internationale a encouragé les États membres à engager des poursuites à l'égard des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, où qu'ils aient été commis. Voir les quatre Conventions de Genève de 1949 (*Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949*, 75 R.T.N.U. 31, *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer du 12 août 1949*, 75 R.T.N.U. 85, *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949*, 75 R.T.N.U. 135, et *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949*, 75 R.T.N.U. 287); Résolution des Nations Unies sur les *Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtiment des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité*, A.G. Rés. 3074, 28 N.U. AGDO, suppl. (nº 30) 85, Doc. A/9030 N.U. (1973); *War Crimes Amendment Act 1988*, 1989 Austr., nº 3; *War Crimes Act 1991*, 1991 (R.-U.), ch. 13; *Restatement (Third) of the Law, the Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1, § 404 (1987); *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international*, précité, à la p. 491; *The Almelo Trial*, 1 Law Reports of Trials of War Criminals 35 (1945) (U.S.M.T. Almelo); *Trial of Lothar Eisentrager*, 14 Law Reports of Trials of War Criminals 8 (1949) (U.S.M.T. Shanghai), à la p. 15; *The Eichmann Case*, précité, à la p. 50, conf. par (1962), 36 I.L.R. 277, à la p. 299 (C.S. Isr.); *Demjanjuk c. Petrovsky*, 776 F.2d 571 (6th Cir. 1985), aux pp. 582 et 583, *certiorari* refusé, 475 U.S. 1016 (1986); I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (4e éd. 1990), à la p. 305; S. A. Williams et A. L. C. de Mestral, *An Introduction to*

implicated in the crime, particularly crimes against humanity. This concept was forcefully and unequivocally expressed by the U.S. Military Tribunal in the justice trials (*Josef Altstötter Trial* (*The Justice Trial*)), 6 Law Reports of Trials of War Criminals 1 (1947) (U.S.M.T. Nuremberg), at p. 49, where it was stated:

> The very essence of the prosecution case is that the laws, the Hitler decrees and the Draconic, corrupt, and perverted Nazi judicial system themselves constituted the substance of war crimes and crimes against humanity and that participation in the enactment and enforcement of them amounts to complicity in crime. We have pointed out that governmental participation is a material element of the crime against humanity. Only when official organs of sovereignty participated in atrocities and persecutions did those crimes assume international proportions.

The central concern in the case of crimes against humanity is with such things as state-sponsored or sanctioned persecution, not the private individual who has a particular hatred against a particular group or the public generally. Extraterritorial prosecution is thus a practical necessity in the case of war crimes and crimes against humanity. Not only is the state where the crime took place unlikely to prosecute; following the cessation of hostilities or other conditions that fostered their commission, there also is a tendency for the individuals who perpetrated them to scatter to the four corners of the earth. Thus, war criminals would be able to elude punishment simply by fleeing the jurisdiction where the crime was committed. The international community has rightly rejected this prospect.

Turning again to the interrelationship between war crimes and crimes against humanity and Canadian criminal law, it is notable that the Deschênes Commission was of the view that a prosecution could be launched against a war criminal before a Canadian superior court of criminal jurisdiction on the basis of a violation of "the general principles of

International Law (2e éd. 1987), aux pp. 130 et 131. Il serait vain de se reposer uniquement sur l'État où un tel crime a été commis, puisqu'il arrive fréquemment que cet État soit impliqué, particulièrement dans les crimes contre l'humanité. C'est ce qu'a exposé avec force et sans équivoque le tribunal militaire des États-Unis dans les procès Justice (*Josef Altstötter Trial* (*The Justice Trial*)), 6 Law Reports of Trials of War Criminals 1 (1947) (U.S.M.T. Nuremberg), où il dit, à la p. 49:

> [TRADUCTION] La poursuite prétend essentiellement que les lois, les décrets de Hitler et le système judiciaire nazi, lequel était draconien, corrompu et pervers, constituaient eux-mêmes l'essence des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, et que la participation dans leur adoption et leur application équivaut à une complicité dans le crime. Nous avons souligné que la participation du gouvernement est un élément important du crime contre l'humanité. C'est seulement lorsque les organes officiels de souveraineté ont pris part aux atrocités et à la persécution que ces crimes ont revêtu des proportions internationales.

Le principal intérêt dans le cas de crimes contre l'humanité porte sur des facteurs comme la persécution encouragée ou sanctionnée par l'État, et non sur la haine particulière que ressent un individu envers un groupe déterminé ou le public en général. La poursuite extra-territoriale est donc une nécessité pratique dans le cas des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Non seulement il est peu vraisemblable que l'État où le crime a été commis poursuive l'auteur, mais, après la cessation des hostilités ou des autres circonstances encourageant la perpétration des crimes, leurs auteurs ont tendance à se disperser aux quatres coins de la terre. Les criminels de guerre pourraient donc éviter toute punition simplement en fuyant la juridiction où le crime a été commis. La communauté internationale a à bon droit éliminé cette possibilité.

Si l'on revient à la corrélation entre, d'une part, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité et, d'autre part, le droit criminel canadien, il convient de remarquer que la Commission Deschênes était d'avis qu'une poursuite pouvait être intentée contre un criminel de guerre devant une cour supérieure canadienne de juridiction crimi-

law recognized by the community of nations". This finding was based on two factors: (1) s. 11(*g*) of the *Charter*, which, in the Commission's view, adopted "customary" international law *lato sensu* into Canadian law, and (2) the principle of universal jurisdiction; see Deschênes Commission, *supra*, at p. 132. However, the Commission dismissed this option on the grounds that "[a] prosecution under international law appears too esoteric"; *ibid.*, at p. 133. The Commission took the view that a preferable vehicle for the prosecution of war criminals would be for Parliament to pass enabling legislation whereby prosecution of war criminals could be pursued in Canada based on crimes known to Canadian criminal law. The international aspect of these crimes would, pursuant to the principle of universality inherent in these grievous acts, continue to provide the jurisdictional link to Canada, so long as the international crimes were known to international law at the time and place of their commission.

Despite the Deschênes Commission's assumption that s. 11(*g*) of the *Charter*, coupled with the universality jurisdiction associated with these war crimes and crimes against humanity, could ground a prosecution in Canada, it is not self-evident that these crimes could be prosecuted in Canada in the absence of legislation. On the analogy of other international authority in the area, it is certainly arguable that the international norm regarding universality of jurisdiction is permissive only (see *The Case of the S.S. "Lotus"* (1927), P.C.I.J., Ser. A, No. 10), and the language of s. 11(*g*) of the *Charter* also appears to be framed in permissive terms. Thus it is by no means clear that prosecution could automatically be pursued for these crimes before the courts of the various states, especially Canada where, barring express exception, crimes must comply with the requirement that they were committed within Canada's territory (s. 6 of the *Code*). Under these circumstances, it is not surprising that Parliament saw fit by s. 7(3.71) of the *Code*, to confer jurisdiction on Canadian courts by providing expressly that, notwithstanding any provision in the *Code* or any other Act, a war crime or

nelle sur le fondement de la violation des «principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations». Cette conclusion était fondée sur deux facteurs: (1) l'al. 11*g*) de la *Charte* qui, de l'avis de la Commission, a adopté le droit international «coutumier» *lato sensu* dans le droit canadien, et (2) le principe de la compétence universelle; voir Commission Deschênes, *op. cit.*, à la p. 142. Toutefois, la Commission a rejeté cette option pour le motif qu'«une poursuite en vertu du droit international semble trop ésotérique»; *ibid.*, à la p. 142. La Commission s'est dite d'avis qu'il serait préférable, en matière de poursuites de criminels de guerre, que le législateur adopte une loi habilitante grâce à laquelle il serait possible de poursuivre les criminels de guerre au Canada sur le fondement de crimes connus en droit criminel canadien. Suivant le principe de l'universalité inhérent à ces actes cruels, le volet international des crimes maintiendrait le lien juridictionnel avec le Canada, pourvu que les crimes en question aient été connus en droit international à l'époque et au lieu de leur perpétration.

Malgré l'hypothèse de la Commission Deschênes selon laquelle, conjugué à l'universalité de la compétence en matière de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, l'al. 11*g*) de la *Charte* pourrait fonder une poursuite au Canada, il n'est pas évident que les auteurs de ces crimes puissent être poursuivis au Canada en l'absence d'une loi le permettant. Par analogie avec la jurisprudence internationale dans ce domaine, on pourrait certainement soutenir que la norme internationale concernant l'universalité de la compétence ne fait qu'accorder une faculté (voir *Affaire du «Lotus»* (1927), C.P.J.I, sér. A, nº 10), et le libellé de l'al. 11*g*) de la *Charte* paraît lui aussi être rédigé dans des termes qui accordent une faculté. Il n'est donc pas du tout évident qu'une poursuite pourrait automatiquement être intentée à l'égard de ces crimes devant les tribunaux des divers États, particulièrement au Canada où, sauf exception expresse, les crimes doivent avoir été commis sur le territoire canadien (art. 6 du *Code*). Dans ces circonstances, il n'est guère surprenant que le législateur ait jugé opportun, en adoptant le par. 7(3.71) du *Code*, de conférer la compétence aux tribunaux canadiens en

crime against humanity shall be deemed to have been an act committed in Canada.

But Parliament, like the Commission, quite rightly in my view, accepted the position that war crimes and crimes against humanity would be crimes in Canada. For although they may not, in those terms, be crimes under Canadian law, they are in essence reflections of general principles of law recognized by the community of nations, and so would, if committed in Canada, be subject to prosecution here under various provisions. It is evident that compendious expressions like "murder, extermination, enslavement, deportation, persecution, or any other inhumane act or omission" include acts and omissions that comprise such specific underlying crimes as confinement, kidnapping, robbery and manslaughter under our domestic system of law. A somewhat similar relationship between compendiously described unlawful acts in international treaties and specific crimes under domestic law exists in the law of extradition; see *McVey (Re); McVey v. United States of America*, [1992] 3 S.C.R. 475, at pp. 514-15.

I should note, however, that war crimes and crimes against humanity often include additional circumstances relating them to the international law norms they subserve. Thus crimes against humanity are aimed at giving protection to the basic human rights of all individuals throughout the world, and notably against transgression by states against these rights. That is why such crimes are aimed at an "act or omission that is committed against any civilian population or any identifiable group of persons, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission"; see s. 7(3.76). The law referred to in that expression is, of course, the local domestic law, not international law, as counsel for respondent argued. For these crimes were at the relevant period violative of the law of nations. As Callaghan A.C.J. ruled in his pre-trial ruling in

prévoyant expressément que, nonobstant les autres dispositions du *Code* ou par dérogation à toute autre loi, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité est réputé avoir été commis au Canada.

Toutefois, à l'instar de la Commission, et tout à fait à raison à mon avis, le législateur a accepté le point de vue selon lequel les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité seraient des crimes au Canada. En effet, bien qu'ils ne puissent, dans ces termes, être des crimes en droit canadien, ils sont essentiellement le reflet des principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations et seraient donc, s'ils étaient commis au Canada, l'objet de poursuites ici en vertu de diverses dispositions. Il est évident que des expressions concises comme «assassinat, extermination, réduction en esclavage, déportation, persécution ou autre fait — acte ou omission — inhumain» visent des actes et des omissions qui incluent des crimes sous-jacents particuliers, comme la séquestration, l'enlèvement, le vol qualifié et l'homicide involontaire coupable, dans le cadre de notre système de droit interne. Il existe, en matière d'extradition, une relation assez semblable entre les actes illégaux succinctement décrits dans les traités internationaux et les crimes déterminés dans le cadre du droit interne; voir *McVey (Re); McVey c. États-Unis d'Amérique*, [1992] 3 R.C.S. 475, aux pp. 514 et 515.

Je me dois toutefois de signaler que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité impliquent fréquemment d'autres circonstances qui les rattachent aux normes de droit international qu'ils servent. Ainsi, les crimes contre l'humanité visent à protéger les droits fondamentaux de tous les individus à travers le monde, notamment contre la violation de ces droits par les États. C'est la raison pour laquelle ces crimes visent un «fait — acte ou omission — inhumain d'une part, commis contre une population civile ou un groupe identifiable de personnes — qu'il ait ou non constitué une transgression du droit en vigueur à l'époque et au lieu de la perpétration»; voir le par. 7(3.76). Le droit dont il est question dans cette phrase est évidemment le droit interne, et non le droit international comme le soutient l'avocat de l'intimé. Car, à l'époque pertinente, ces crimes violaient la loi des

the present case (*R. v. Finta* (1989), 69 O.R. (2d) 557 (Ont. H.C.), at p. 569):

A brief review of international conventions, agreements and treaties, clearly demonstrate [*sic*] that, by World War II, war crimes or crimes against humanity were recognized as an offence at international law, or criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations.

This proposition is well supported by the international sources cited by Callaghan A.C.J. and I shall have occasion to return to this later. For the moment, I would simply note that many of the defendants tried in Nuremberg also raised this plea, in the form of *nullum crimen sine lege*, and this defence was rejected; *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, *supra*, at pp. 461-65; *Josef Altstötter*, *supra*, at pp. 41-49. The following words of Sir David Maxwell-Fyfe (Foreword to R. W. Cooper, *The Nuremberg Trial* (1947)), are apt (at p. 11):

With regard to "crimes against humanity", this at any rate is clear: the Nazis, when they persecuted and murdered countless Jews and political opponents in Germany, knew that what they were doing was wrong and that their actions were crimes which had been condemned by the criminal law of every civilized State. When these crimes were mixed with the preparation for aggressive war and later with the commission of war crimes in occupied territories, it cannot be a matter of complaint that a procedure is established for their punishment.

I again, however, underline the fact — which finds expression in the statement just quoted — that the acts comprised in war crimes and crimes against humanity are in this country in essence crimes that fall under the familiar rubrics of our law such as confinement, kidnapping, and the like. They would be equally blameworthy if done by private individuals or criminal groups for other similar vile motives. The additional circumstances are added to crimes against humanity to tie them to

nations. Comme l'a statué le juge en chef adjoint Callaghan dans sa décision préalable au procès en l'espèce (*R. c. Finta* (1989), 69 O.R. (2d) 557 (H.C.), à la p. 569:

[TRADUCTION] Un bref examen des conventions, accords et traités internationaux indique clairement qu'au cours de la Seconde Guerre mondiale, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité étaient reconnus comme étant une infraction en droit international, ou ayant un caractère criminel selon les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations.

Je reviendrai plus loin sur cette proposition, qui est amplement étayée par les sources internationales citées par le juge en chef adjoint Callaghan. Il suffit de noter pour le moment que de nombreux défendeurs jugés à Nuremberg ont également soulevé ce moyen de défense, invoquant la maxime *nullum crimen sine lege*, qui fut cependant rejetée; *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international*, précité, aux pp. 492 à 496; *Josef Altstötter*, précité, aux pp. 41 à 49. Les propos suivants de Sir David Maxwell-Fyfe (Avant-propos dans R. W. Cooper, *The Nuremberg Trial* (1947)), sont opportuns (à la p. 11):

[TRADUCTION] En ce qui concerne les «crimes contre l'humanité», une chose est certaine: lorsqu'ils ont persécuté et tué un nombre incalculable de Juifs et d'opposants politiques en Allemagne, les Nazis savaient que ce qu'ils faisaient était mal et qu'ils commettaient des crimes condamnés par le droit criminel de tous les États civilisés. Ces crimes ayant été combinés à la planification d'une guerre agressive et plus tard à la perpétration de crimes de guerre dans les territoires occupés, on ne peut se plaindre qu'une procédure ait été établie afin qu'ils soient punis.

Je soulignerai néanmoins encore le fait — qui trouve son expression dans le passage cité ci-dessus — que les actes sous-jacents des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité sont au Canada essentiellement des crimes qui tombent dans des catégories d'infractions connues dans notre droit, telles la séquestration, l'enlèvement, et autres crimes semblables. Ils seraient également blâmables s'ils étaient commis par des particuliers ou des groupes de criminels pour d'autres motifs

the international norm and permit extraterritorial prosecution by all states.

The same approach applies to war crimes. There must, of course, be an "international armed conflict". In other cases, other conditions may be imposed. Shooting at enemy forces is generally not a war crime, but shooting at civilians is subject to more stringent requirements. Other conditions under which one acts may also determine the difference between whether such acts are war crimes or not. As in the case of the existence of a state of war, these conditions are what ties them to international norms and empowers extraterritorial prosecution.

In enacting enabling legislation respecting war crimes and crimes against humanity, Parliament could have proceeded in one of two ways. These crimes could have been simply made offences in their own terms in Canada even though committed abroad. This, I understand, is what has been done, for instance, in Australia; see *Polyukhovich v. Commonwealth of Australia* (1991), 101 A.L.R. 545 (Aust. H.C.). Another technique is to enable prosecution under domestic law by the device of deeming the acts constituting a war crime or crime against humanity to have been committed in Canada. Since these acts are then deemed to have been committed in Canada, the person accused of having committed them may be charged with any of the relevant underlying offences that encompass these acts under the law of Canada. That is the course that was taken by Parliament, an approach somewhat similar to that followed in Great Britain; see *War Crimes Act 1991*, 1991 (U.K.), c. 13. By section 7(3.71), a provision cited and discussed at length later, Parliament provided that a person who has committed an act or omission outside Canada that constitutes a war crime or crime against humanity shall be deemed to have committed that act in Canada. The provision adds a second requirement for the operation of this clause. To

vils de même nature. Des éléments supplémentaires sont ajoutés aux crimes contre l'humanité afin qu'ils satisfassent à la norme internationale et que soit permise la poursuite extraterritoriale des criminels par tous les États.

Le même raisonnement s'applique aux crimes de guerre. Il doit évidemment exister un «conflit international armé». Dans d'autres cas, des conditions supplémentaires peuvent être imposées. Tirer sur les forces ennemies n'est généralement pas un crime de guerre, mais tirer sur des civils appelle des conditions plus strictes. D'autres circonstances dans lesquelles une personne agit peuvent également faire la différence pour déterminer si ces actes sont des crimes de guerre ou ne le sont pas. Comme dans le cas de l'existence d'un état de guerre, ces conditions relient les crimes en question aux normes internationales et permettent la poursuite extraterritoriale.

Pour adopter une loi habilitante relative aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité, le législateur pouvait procéder de deux façons. Ces crimes auraient pu simplement devenir des infractions selon leurs propres conditions au Canada, même s'ils avaient été commis à l'étranger. C'est, je crois, ce qu'a fait l'Australie par exemple; voir *Polyukhovich c. Commonwealth of Australia* (1991), 101 A.L.R. 545 (H.C. Austr.). La seconde façon consiste à permettre les poursuites en vertu du droit interne en présumant que les actes qui constituent un crime de guerre ou un crime contre l'humanité ont été commis au Canada. Puisque ces actes sont alors réputés avoir été commis au Canada, la personne accusée de les avoir commis peut être accusée de l'une ou l'autre infraction sous-jacente pertinente qui englobe ces actes en vertu du droit canadien. C'est ce qu'a fait le législateur, adoptant une méthode quelque peu semblable à celle suivie en Grande-Bretagne; voir *War Crimes Act 1991*, 1991 (R.-U.), ch. 13. En édictant le par. 7(3.71), reproduit et analysé longuement plus tard, le législateur a prévu que l'auteur d'un acte — fait ou omission — commis à l'extérieur du Canada, qui constitue un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, est réputé avoir commis cet acte au Canada. La disposition ajoute une

avoid punishing someone for an act that would not at the time have been a crime under Canadian law, it further requires that the act must constitute a crime in Canada according to the law at the time, a provision reinforced by s. 7(3.72) which requires that any prosecution in respect of such act be conducted according to the then existing laws of evidence and procedure.

There are obvious advantages to the second approach. The judge and especially the jury are able to function largely pursuant to a system of law which, being our own, is more familiar to us and more precise. As much as possible, the intricacies of what constitutes international law and how it functions (with which even the judge is often unfamiliar) are avoided. The judge is able to instruct the jury secure in his or her knowledge of Canadian law. With the exception of international defences, which are available to the accused, the jury can then perform its function pursuant to Canadian law which demands proof beyond a reasonable doubt that the accused committed the offence — a Canadian offence — with which he or she is charged.

Interpretation of Section 7(3.71)

General

I turn now to the first ground of appeal concerning the correct interpretation of s. 7(3.71). Ignoring for the moment the *Charter* issues at stake, a clear understanding of the intention of the legislature can, in my view, be ascertained through the normal rules for the interpretation of legislative provisions.

To clarify the issue, it is useful to examine how it was dealt with in the courts below. It first arose before Callaghan A.C.J. in the course of dealing with the constitutionality of s. 7(3.71) and (3.74) in a pre-trial ruling. In his view, s. 7(3.71) is of a procedural nature and does not create new offences, but merely confers retrospective and extraterritorial jurisdiction to Canadian courts over acts that would have been offences under Canadian law at the time of their occurrence if they had taken place

seconde condition d'application. Afin que nul ne soit puni pour un acte qui n'aurait pas été à l'époque un crime en droit canadien, il faut également que l'acte constitue un crime au Canada selon le droit en vigueur à l'époque de la perpétration, exigence que renforce le par. 7(3.72), qui requiert que les poursuites engagées à l'égard du fait visé soient exercées conformément aux règles de preuve et de procédure alors en vigueur.

La seconde méthode offre des avantages manifestes. Le juge, et particulièrement le jury, sont en mesure de fonctionner en grande partie dans le cadre d'un système de droit qui, puisqu'il est le nôtre, est plus familier et mieux défini. Les complexités du droit international et de son fonctionnement (que même le juge connaît souvent mal) sont autant que possible éliminées. Le juge est en mesure de donner des directives au jury, certain de sa connaissance du droit canadien. À l'exception des moyens de défense internationaux dont l'accusé peut se prévaloir, le jury peut exercer sa fonction conformément au droit canadien, qui exige une preuve hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis l'infraction — une infraction canadienne — dont il est accusé.

Interprétation du par. 7(3.71)

Généralités

J'en viens au premier moyen d'appel, qui porte sur l'interprétation juste du par. 7(3.71). Mettant de côté pour l'instant les questions relatives à la *Charte*, je suis d'avis qu'il est possible de bien saisir l'intention du législateur en ayant recours aux règles ordinaires d'interprétation de dispositions législatives.

Pour élucider la question, il est utile d'examiner la façon dont elle a été analysée par les juridictions inférieures. Elle a pour la première fois été soulevée devant le juge en chef adjoint Callaghan au cours de l'examen de la constitutionnalité des par. 7(3.71) et (3.74) dans une décision préalable au procès. À son avis, le par. 7(3.71) est de nature procédurale et ne crée aucune infraction nouvelle. Il confère simplement une compétence rétroactive et extraterritoriale aux tribunaux canadiens sur des

in Canada, so long as those acts constitute war crimes or crimes against humanity.

Though the trial judge agreed with Callaghan A.C.J.'s ruling that s. 7(3.71) is exclusively jurisdictional in nature, he determined that the question of jurisdiction, though ordinarily a matter determined by the trial judge as a matter of law, should in this case be left with the jury. Under this ruling, the trial judge, it is true, would determine abstract legal questions such as whether crimes against humanity constituted a contravention of customary or conventional law or was criminal according to the law of nations, but it was for the jury to decide whether the respondent's acts or omissions constituted a war crime or crime against humanity.

The majority of the Court of Appeal (1992), 92 D.L.R. (4th) 1, upheld the conclusion of the trial judge but on another basis. They did not agree that s. 7(3.71) was procedural and relevant only to the jurisdiction of the court to try the respondent for the domestic offences such as confinement, robbery, kidnapping and manslaughter. As they put it, at p. 108:

> . . . we arrive at the same conclusion reached by the trial judge, although we interpret s. 7(3.71) differently. We do not regard the allegations that Finta's acts or omissions constituted war crimes or crimes against humanity as going to the jurisdiction of the trial court so as to bring them within the purview of the judgment in *Balcombe* [*Balcombe v. The Queen*, [1954] S.C.R. 303]. Instead, we view these issues as integral to the fundamental question of whether Finta committed the offences which were alleged against him in the indictment.

As Dubin C.J. put it, at p. 20, ". . . the upshot of the majority view is that s. 7(3.71) of the *Criminal Code* creates two new offences, namely, a crime against humanity and a war crime. . . ." Like

actes qui auraient constitué des infractions en droit canadien au moment de leur perpétration s'ils avaient été commis au Canada, pour autant que ces actes constituent des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité.

Bien qu'il ait souscrit à la décision du juge en chef adjoint Callaghan que le par. 7(3.71) est de nature exclusivement juridictionnelle, le juge du procès a statué que la question de la compétence, bien qu'elle soit généralement tranchée par le juge du procès en tant que question de droit, devrait en l'espèce être soumise au jury. Certes, suivant cette décision, le juge du procès trancherait des questions de droit abstraites, comme celles de savoir si les crimes contre l'humanité constituent une transgression du droit coutumier ou conventionnel ou s'ils sont criminels en regard du droit des nations. Il appartenait toutefois au jury de décider si les actes ou omissions de l'intimé constituaient un crime de guerre ou un crime contre l'humanité.

La Cour d'appel à la majorité (1992), 92 D.L.R. (4th) 1, a confirmé la conclusion du juge du procès, mais sur un fondement différent. Elle n'a pu convenir que le par. 7(3.71) était de nature procédurale et n'avait de pertinence qu'à l'égard de la compétence du tribunal de juger l'intimé relativement aux infractions de droit interne comme la séquestration, le vol qualifié, l'enlèvement et l'homicide involontaire coupable. Elle a dit, à la p. 108:

> [TRADUCTION] . . . si nous tirons une conclusion identique à celle du juge du procès, nous interprétons toutefois le par. 7(3.71) différemment. À notre avis, les allégations que les actes ou omissions de Finta constituaient des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité ne touchent pas la compétence du tribunal de première instance de façon qu'ils tombent sous le coup de l'arrêt *Balcombe* [*Balcombe c. The Queen*, [1954] R.C.S. 303]. Nous estimons plutôt que ces questions font partie intégrante de la question fondamentale de savoir si Finta a commis les infractions reprochées dans l'acte d'accusation.

Comme le juge Dubin le dit à la p. 20, [TRADUCTION] «. . . les tenants de l'opinion majoritaire ont conclu que le par. 7(3.71) du *Code criminel* crée deux nouvelles infractions, dont un crime contre

Dubin C.J. and Tarnopolsky J.A., and for that matter Callaghan A.C.J., I respectfully disagree with the position taken by the trial judge and the Court of Appeal. I do so for the following reasons.

On a literal reading of s. 7(3.71), an appreciation of its legislative context along with analogous provisions in the *Code* and an understanding of its legislative history, I conclude that s. 7(3.71) is unquestionably intended to confer jurisdiction on Canadian courts to prosecute domestically, according to Canadian criminal law in force at the time of their commission, foreign acts amounting to war crimes or crimes against humanity. The provision does not create any new offences. Section 7(3.71) reads:

7. . . .

(3.71) Notwithstanding anything in this Act or any other Act, every person who, either before or after the coming into force of this subsection, commits an act or omission outside Canada that constitutes a war crime or a crime against humanity and that, if committed in Canada, would constitute an offence against the laws of Canada in force at the time of the act or omission shall be deemed to commit that act or omission in Canada at that time if,

(*a*) at the time of the act or omission,

(i) that person is a Canadian citizen or is employed by Canada in a civilian or military capacity,

(ii) that person is a citizen of, or is employed in a civilian or military capacity by, a state that is engaged in an armed conflict against Canada, or

(iii) the victim of the act or omission is a Canadian citizen or a citizen of a state that is allied with Canada in an armed conflict; or

(*b*) at the time of the act or omission, Canada could, in conformity with international law, exercise jurisdiction over the person with respect to the act or omission on the basis of the person's presence in Canada and, subsequent to the time of the act or omission, the person is present in Canada. [Emphasis added.]

I am quite unable to see anything in s. 7(3.71) that creates new offences of war crimes and crimes

l'humanité et un crime de guerre . . . ». Avec égards, et à l'instar du juge en chef Dubin et du juge Tarnopolsky et, quant à cela, du juge en chef adjoint Callaghan, je ne peux, pour les motifs suivants, souscrire à la position adoptée par le juge du procès et la Cour d'appel.

L'interprétation littérale du par. 7(3.71), l'examen de son contexte législatif de même que des dispositions analogues du *Code*, et la compréhension de son historique législatif m'amènent à conclure qu'il est incontestablement destiné à conférer aux tribunaux canadiens le pouvoir d'entendre des poursuites au Canada, conformément au droit criminel canadien en vigueur à l'époque de leur perpétration, relativement à des actes commis à l'étranger qui équivalent à des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité. La disposition ne crée aucune nouvelle infraction. Elle dispose:

7. . . .

(3.71) Nonobstant les autres dispositions de la présente loi et par dérogation à toute autre loi, l'auteur d'un fait — acte ou omission — commis à l'étranger même avant l'entrée en vigueur du présent paragraphe, constituant un crime de guerre ou un crime contre l'humanité et qui aurait constitué, au Canada, une infraction au droit canadien en son état à l'époque de la perpétration, est réputé avoir commis le fait au Canada à cette époque si l'une des conditions suivantes est remplie:

a) à l'époque:

(i) soit lui-même est citoyen canadien ou employé au service du Canada à titre civil ou militaire,

(ii) soit lui-même est citoyen d'un État participant à un conflit armé contre le Canada ou employé au service d'un tel État à titre civil ou militaire,

(iii) soit la victime est citoyen canadien ou ressortissant d'un État allié du Canada dans un conflit armé;

b) à l'époque, le Canada pouvait, en conformité avec le droit international, exercer sa compétence à cet égard à l'encontre de l'auteur, du fait de sa présence au Canada, et après la perpétration, celui-ci se trouve au Canada. [Je souligne.]

Je ne peux absolument rien voir dans le par. 7(3.71) qui crée les nouvelles infractions de crimes

against humanity. Nowhere is it declared, as it is in the case of all other *Code* offences, that a person who commits the relevant act is guilty of an offence. On the contrary, the nucleus of the provision is its predicate, "shall be deemed to commit that act or omission in Canada at that time". All the rest gravitates towards this focus. Moreover, no penalty is stipulated. The subjection to domestic prosecution that results from a finding of war crime or crime against humanity is not punishment; it is, rather, merely the next procedural step. What the provision does is empower the prosecution to lay charges against the accused for offences defined in the *Code* in respect of acts done outside the country, so long as those acts constitute crimes against humanity or war crimes.

This reading of s. 7(3.71) also makes sense when viewed in its legislative context. Found in Part I, the "General" section of the *Criminal Code*, the provision stands as an exception to the general rule regarding the territorial ambit of criminal law, which appears in the immediately preceding section. Section 6(2) of the *Code* reads:

> **6.** . . .
>
> (2) Subject to this Act or any other Act of Parliament, no person shall be convicted or discharged under section 736 of an offence committed outside Canada.

The perpetration of acts constituting war crimes and crimes against humanity, of course, transcends national borders, yet the perpetrators are often not identified until later, after they have displaced themselves to a new country. Parliament's intention was to extend the arm of Canada's criminal law in order to be in a position to prosecute these extraterritorial acts if the alleged perpetrators were discovered in our midst. The enactment of s. 7(3.71) was necessary because Parliament's plan derogated from the general principle of s. 6(2). As I noted earlier, by specifically deeming the extraterritorial act to have taken place in Canada,

de guerre et de crimes contre l'humanité. Nulle part n'est-il déclaré, comme c'est le cas pour les autres infractions prévues au *Code*, que quiconque commet l'acte visé est coupable d'une infraction. Au contraire, l'essence de la disposition est son prédicat: «est réputé avoir commis le fait au Canada à cette époque». Le reste gravite autour de ce noyau. En outre, aucune peine n'est prévue. L'assujettissement à une poursuite interne née du fait qu'on a conclu à l'existence d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité n'entraîne pas une peine; c'est plutôt simplement l'étape procédurale suivante. La disposition permet à la poursuite de porter des accusations contre l'accusé pour des infractions définies au *Code* à l'égard d'actes commis à l'étranger, dans la mesure où ces actes constituent des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre.

Cette interprétation du par. 7(3.71) est également logique si l'on tient compte de son contexte législatif. Inscrite dans la partie I qui énonce les «Dispositions générales» du *Code criminel*, la disposition constitue une exception à la règle générale de la portée territoriale du droit criminel, formulée dans l'article précédent. Le paragraphe 6(2) du *Code* dispose:

> **6.** . . .
>
> (2) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, nul ne doit être déclaré coupable d'une infraction commise à l'étranger ou absous en vertu de l'article 736 à l'égard de celle-ci.

La perpétration d'actes constituant des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité transcende évidemment les frontières du pays, encore que les auteurs ne soient fréquemment identifiés que plus tard, une fois qu'ils ont fui vers un autre pays. L'intention du législateur était d'étendre la portée du droit criminel canadien afin que des poursuites puissent être engagées à l'égard de ces actes commis à l'étranger si les auteurs allégués étaient découverts au pays. L'adoption du par. 7(3.71) était nécessaire car le plan du législateur dérogeait au principe général du par. 6(2). Comme je l'ai mentionné précédemment, en prévoyant expressément que les actes commis à l'étranger sont réputés avoir été commis au Canada, le législateur

Parliament has expressed its view that the normal concerns about extraterritoriality are not present.

Similarly structured deeming provisions that also embrace extraterritorial acts are found among the other subsections of s. 7; see s. 7(3) in relation to offences committed against internationally protected persons or their property, s. 7(3.1) in relation to hostage-taking and s. 7(4) in relation to public service employee offenders. Similarly worded provisions are found in other parts of the *Code*, as well. Section 477.1 deems to be committed in Canada acts occurring in, above or beyond the continental shelf. A close parallel can be drawn with the conspiracy provision set forth in s. 465(3) of the *Code*, which reads:

465. . . .

(3) Every one who, while in Canada, conspires with any one to do anything referred to in subsection (1) in a place outside Canada that is an offence under the laws of that place shall be deemed to have conspired to do that thing in Canada.

The nature of this provision was considered by this Court in *Bolduc v. Attorney General of Quebec*, [1982] 1 S.C.R. 573, where, at pp. 577 and 581, it is stated:

It is apparent on its face that this subsection does not create an offence. It creates a presumption of territoriality so as to make the conspiracy an offence punishable in Canada. Where, as in the case at bar, persons conspire in Canada to effect an unlawful purpose in the United States, which would not in itself be an offence punishable in Canada, they "shall be deemed to have conspired to do in Canada that thing". The result is to introduce the essential aspect which would otherwise be absent, and to make the offence punishable in Canada.

. . .

The offence charged is common law conspiracy committed in Canada, to effect an unlawful purpose. Causing persons to enter the United States unlawfully constitutes an offence under American law, just as causing

Des dispositions déterminatives rédigées en des termes semblables, qui visent également des actes commis à l'étranger, se trouvent parmi les autres paragraphes de l'art. 7; voir le par. 7(3), relativement aux infractions commises contre une personne jouissant d'une protection internationale ou contre ses biens, le par. 7(3.1), concernant les prises d'otages, et le par. 7(4), relativement aux infractions commises par des employés de la fonction publique. Des dispositions rédigées en des termes semblables figurent également dans d'autres parties du *Code*. Ainsi, aux termes de l'art. 477.1, l'auteur d'un fait survenu dans un lieu situé à l'intérieur des limites du plateau continental ou de l'espace marin ou aérien correspondant est réputé l'avoir commis au Canada. On peut établir un parallèle étroit avec la disposition relative au complot, énoncée au par. 465(3) du *Code*, qui porte:

465. . . .

(3) Les personnes qui, au Canada, complotent de commettre, à l'étranger, des infractions visées au paragraphe (1) et également punissables dans ce pays sont réputées l'avoir fait en vue de les commettre au Canada.

Notre Cour a étudié la nature de cette disposition dans *Bolduc c. Procureur général du Québec*, [1982] 1 R.C.S. 573, où, aux pp. 577 et 581, on dit:

Il apparaît à sa face même que ce paragraphe ne crée pas une infraction. Il crée une présomption de territorialité de façon à faire du complot une infraction punissable au Canada. Lorsque comme en l'espèce des personnes complotent au Canada d'accomplir un dessein illicite aux États-Unis, ce qui en soi ne serait pas une infraction punissable au Canada, elles «sont réputées l'avoir fait en vue de les commettre au Canada». C'est là introduire l'élément essentiel qui autrement serait absent et rendre l'infraction punissable au Canada.

. . .

L'infraction reprochée est le complot de «*common law*», commis au Canada, d'accomplir un dessein illicite. Le dessein illicite consiste à faire entrer illégalement des personnes aux États-Unis. Faire entrer illégalement des

persons to come into Canada unlawfully constitutes an offence under Canadian law. As a consequence of the presumption of s. 423(3) [currently s. 465(3)], the conspirators are deemed to have conspired to commit the offence in Canada. It is as if they had conspired to cause persons to come into Canada unlawfully. [Emphasis added.]

As in the case of s. 7(3.71), s. 465(3) deems Canadian territoriality where a criterion is met. While the criterion for s. 465(3) is the unlawfulness of the act conspired according to the law of the place of the conspired act, the criteria for s. 7(3.71) are threefold: that the act constitutes a war crime or crime against humanity; that the act was unlawful in Canada at the time of its commission; and that specifically defined individuals are involved. Just as the offence charged in the former case is conspiracy committed in Canada, the charge in the latter is that of the underlying domestic offence, be it murder, robbery or the like. The similarity of the structure of these two provisions supports a consistent interpretation.

Admittedly, exceptions to s. 6 can also take the form of offence-creating provisions that expressly embrace extraterritorial acts. However, the wording of s. 7(3.71) closely resembles that of other purely jurisdiction-endowing provisions and can be contrasted with these offence-creating provisions. For example, another conspiracy provision reads:

> **465.** (1) . . .
>
> (*a*) every one who conspires with any one to commit murder or to cause another person to be murdered, whether in Canada or not, is guilty of an indictable offence and liable to a maximum term of imprisonment for life;

This section deals, *inter alia*, with conspiracy to murder abroad. The provision itself makes this extraterritorial act an offence and attaches a sanction to it. A similar approach is taken with respect to the criminalization of piracy, in s. 74(2):

personnes aux États-Unis constitue une infraction en vertu de la loi américaine tout comme faire entrer illégalement des personnes au Canada constitue une infraction en vertu de la loi canadienne. Par le jeu de la présomption du par. 423(3) [présentement le par. 465(3)], les conspirateurs sont réputés avoir comploté pour commettre l'infraction au Canada. C'est comme s'ils avaient comploté pour faire entrer illégalement des personnes au Canada. [Je souligne.]

Comme le par. 7(3.71), le par. 465(3) crée une présomption de territorialité canadienne lorsqu'un certain critère est respecté. Si le critère du par. 465(3) est l'illégalité de l'acte visé par le complot selon le droit où il a été commis, les critères du par. 7(3.71) sont triples: l'acte doit constituer un crime de guerre ou un crime contre l'humanité; il doit être illégal au Canada à l'époque où il est commis; et des individus expressément déterminés doivent être impliqués. Tout comme l'infraction reprochée dans le premier cas est le complot commis au Canada, l'accusation dans le second cas porte sur l'infraction sous-jacente de droit interne, soit le meurtre, le vol qualifié, ou autre infraction semblable. La similarité de la structure de ces deux dispositions appelle une interprétation uniforme.

Les exceptions à l'art. 6 peuvent également revêtir la forme de dispositions créant une infraction, qui incluent expressément des actes commis à l'étranger, mais le libellé du par. 7(3.71) ressemble beaucoup à celui d'autres dispositions purement attributives de compétence, et il peut être mis en contraste avec les dispositions créatrices d'infractions. Par exemple, une autre disposition relative au complot dispose:

> **465.** (1) . . .
>
> *a*) quiconque complote avec quelqu'un de commettre un meurtre ou de faire assassiner une autre personne, au Canada ou à l'étranger, est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité;

Cette disposition vise, notamment, le complot de commettre un meurtre à l'étranger. La disposition elle-même fait de l'acte commis à l'étranger une infraction et lui assortit une peine. Le paragraphe 74(2) adopte une position semblable à l'égard de la criminalisation de la piraterie:

74. . . .

(2) Every one who commits piracy while in or out of Canada is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for life.

The distinction between this *Code* treatment of extraterritorial acts and that embodied by s. 7(3.71) and its kin is obvious. The former reflects Parliament's intention to approach the relevant acts as domestic offences unto themselves, in contrast to the latter's effect of deeming the acts to come within the scope of offences already created elsewhere in the *Code*.

Parliament's intention to confine itself to a rule governing the application of offences is also evident from the position of s. 7(3.71) in the *Code*. It appears, I repeat, in Part I of the *Code*, which is appropriately titled "General". No offence is created in that Part. It deals, as its name implies, with interpretive matters, application, enforcement, defences and other general provisions. Offences are dealt with in other parts of the *Code*, and are usually entitled as such, among others "Part II. Offences Against Public Order", "Part VIII. Offences Against the Person and Reputation", "Part IX. Offences Against Rights of Property", and so on. One should assume some minimal level of ordering in an Act of Parliament. Had Parliament wished specifically to make war crimes and crimes against humanity domestic offences, it would have been much easier to do so directly, and I cannot imagine why it would have done so in the General Part of the *Code*.

This reading of s. 7(3.71) is bolstered by its legislative history. Sections 7(3.71)-(3.77) represent the consummation of the recommendations of the Commission of Inquiry on War Criminals (the "Deschênes Commission"). The crux of the Commission's recommendations, we saw, was not the domestic creation of these international offences, but rather, the removal of the obstacle of extraterritoriality and the enablement of Canada to serve as a forum for the domestic prosecution of these

74. . . .

(2) Quiconque commet une piraterie, pendant qu'il se trouve au Canada ou à l'étranger, est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité.

La distinction entre ce traitement par le *Code* des actes commis à l'étranger et celui prévu par le par. 7(3.71) et ses semblables est évidente. Le premier reflète l'intention du législateur de concevoir les actes visés comme des infractions de droit interne en elles-mêmes, alors que le second a pour effet de présumer que les actes sont visés par des infractions créées ailleurs dans le *Code*.

En outre, l'intention du législateur de se limiter à une règle régissant l'application des infractions ressort clairement de la situation du par. 7(3.71) dans le *Code*. Il figure, je le répète, à la partie I du *Code*, qui est à juste titre intitulée «Dispositions générales». Aucune infraction n'y est créée. Comme son titre l'indique, cette partie concerne les questions d'interprétation, d'application, de moyens de défense, et d'autres généralités. Les infractions sont prévues dans d'autres parties du *Code* qui en portent généralement le nom comme, entre autres, «Partie II. Infractions contre l'ordre public», «Partie VIII. Infractions contre la personne et la réputation», «Partie IX. Infractions contre les droits de propriété», et ainsi de suite. On doit présumer que toute loi fédérale respecte un minimum de cohérence interne. Si le législateur avait expressément souhaité faire des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité des infractions de droit interne, il aurait pu le faire beaucoup plus facilement de façon directe et je ne peux concevoir pourquoi il l'aurait fait dans les dispositions générales du *Code*.

Cette interprétation du par. 7(3.71) est étayée par son historique législatif. Les paragraphes 7(3.71) à (3.77) sont le fruit de recommandations formulées par la Commission d'enquête sur les criminels de guerre (la «Commission Deschênes»). Le nœud des recommandations de la Commission, nous l'avons constaté, n'était pas de créer au Canada ces infractions de droit international, mais plutôt d'éliminer l'obstacle de l'extraterritorialité et d'investir les tribunaux canadiens de la capacité

offenders. This thrust of the Report is reflected, at p. 158, as follows:

> Need it be stressed again: we are not aiming to make acts, which were deemed innocent when committed, criminal now; such would be unacceptable retroactivity. But extermination of a civilian population, for instance, was already as much criminal in 1940 as it would be today, under the laws of all so-called civilized nations. We are only trying to establish now in Canada a forum where those suspected of having committed such offences may be tried, if found in Canada.

In formulating its recommendations, the Commission specifically commented, at p. 165, that "[t]he Code must contain an express grant of jurisdiction to the courts in Canada". Tarnopolsky J.A. made this observation as well, at p. 60, in the Court of Appeal:

> Rather than creating a substantive offence of war crime or crime against humanity, Parliament chose, on the recommendation of the Deschênes Commission, to extend the applicability of existing *Criminal Code* provisions extant at the time of the acts.

The Commission's view, as I read it, is that new offences did not have to be created; censure of the actual relevant acts was already provided for in the Canadian *Criminal Code*, as it was in the law of most civilized nations. So any such acts could have been prosecuted under the ordinary Canadian criminal provisions if committed here. What Canadian courts had to be equipped with was the capacity to hear and decide the prosecutions. Consistent with the requirements of international law, the link to international law concepts of war crimes and crimes against humanity was the mechanism selected to ensure that only the cases envisioned by the Report would endow a Canadian court with the capacity to serve as a forum for the prosecution of extraterritorial acts. The question of the presence of war crimes or crimes against humanity is thus one of jurisdiction. The offence with which the accused is charged, on the other hand, is the underlying domestic offence, drawn from the already

d'entendre les poursuites engagées ici contre les auteurs de ces infractions. Ce fondement du Rapport se traduit à la p. 170, par les termes suivants:

> Nous ne saurions trop insister là-dessus: il n'est pas question ici de criminaliser des actes qui n'étaient pas considérés comme des crimes quant (sic) ils ont été commis; ce genre de rétroactivité serait tout à fait inacceptable. Mais l'extermination d'une population civile, par exemple, était, en vertu des lois de toutes les nations dites civilisées, un crime aussi grand en 1940 qu'il peut l'être aujourd'hui. Il s'agit simplement de doter le Canada des moyens nécessaires pour traduire en justice les personnes soupçonnées de tels crimes, si elles se trouvent au Canada.

En formulant ses recommandations, la Commission a expressément commenté à la p. 177 que «[l]e *Code* doit reconnaître expressément la compétence des tribunaux canadiens en la matière». Le juge Tarnopolsky a fait le même commentaire à la p. 60 de la décision de la Cour d'appel:

> [TRADUCTION] Plutôt que de créer une infraction matérielle précise de crime de guerre ou de crime contre l'humanité, le législateur a choisi, sur la recommandation de la Commission Deschênes, d'étendre l'applicabilité des dispositions du *Code criminel* existant à l'époque où les actes ont été commis.

À mon sens, la Commission estimait inutile de créer de nouvelles infractions; à l'instar du droit de la plupart des nations civilisées, le *Code criminel* canadien condamnait déjà les actes en question. Ces actes auraient donc pu faire l'objet de poursuites en vertu des dispositions criminelles canadiennes ordinaires s'ils avaient été commis ici. Les tribunaux canadiens devaient par conséquent être dotés de la capacité d'entendre et de trancher les poursuites. Conformément aux exigences du droit international, on a choisi d'établir un lien avec les concepts de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité en droit international pour faire en sorte que les tribunaux canadiens soient investis de la capacité d'entendre les poursuites engagées à l'égard des actes commis à l'étranger dans les seuls cas énumérés dans le Rapport. La question de l'existence de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité est donc une question de compétence. Par contre, l'infraction reprochée à l'accusé est

existing Canadian criminal law at the time of commission.

Questions of jurisdiction are matters of law entrusted to the trial judge. In *Balcombe v. The Queen*, *supra*, Fauteux J., speaking for this Court, had this to say, at pp. 305-6:

> The question of jurisdiction is a question of law — consequently, for the presiding Judge — even if, to its determination, consideration of the evidence is needed. It is a question strictly beyond the field of these matters which under the law and particularly under the terms of their oath, the jury have to consider. They are concerned only with the guilt or innocence of the prisoner at the bar. Indeed the lawful fulfilment of their duties rests on the assumed existence of the jurisdiction of the Court to try, at the place where it is held, the accused for the crime charged. They are concerned with facts as they may be related to guilt or innocence but not to jurisdiction. [Emphasis added.]

Being a question of law, the trial judge would make his or her determination of whether the act or omission in question amounted to a war crime or a crime against humanity on a balance of probabilities. The jury's duty is to determine the guilt of the accused of the offence with which he or she was charged.

The majority of the Court of Appeal would distinguish *Balcombe* on the grounds that all of the essential elements of the offence must be put to the jury, and that this includes the offence of a war crime or crime against humanity. As will become clear, I do not view the existence or non-existence of a war crime or crime against humanity as an essential element of the offence but rather as the jurisdictional link grounding prosecution for the underlying Canadian domestic offence. At the same time, however, the jury would of course have to consider whether as a fact the acts that constitute the war crime or crime against humanity occurred in determining whether the offence under Canadian law was committed. The jury is not acting in a vacuum.

l'infraction sous-jacente de droit interne, tirée du droit criminel canadien existant au moment de sa perpétration.

Les questions de compétence sont des questions de droit confiées au juge du procès. Dans l'arrêt *Balcombe c. The Queen*, précité, le juge Fauteux, au nom de la Cour, a tenu les propos suivants aux pp. 305 et 306:

> [TRADUCTION] La compétence est une question de droit — relevant donc du juge présidant le tribunal — même si, pour la trancher, il est nécessaire d'examiner la preuve. Elle excède entièrement le domaine des questions qu'en droit et, particulièrement, selon les modalités de leur serment, les jurés doivent examiner. Leur seule préoccupation est la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. En fait, le respect légal de leurs obligations repose sur l'existence présumée de la compétence de la cour de juger l'accusé, là où le procès se tient, relativement au crime reproché. Ils sont préoccupés par les faits qui peuvent être reliés à la culpabilité ou à l'innocence, et non à la compétence. [Je souligne.]

Comme il s'agit d'une question de droit, le juge du procès déterminerait selon la prépondérance des probabilités si l'acte ou l'omission en question équivaut à un crime de guerre ou à un crime contre l'humanité. Pour sa part, le jury a pour tâche de déterminer la culpabilité de l'accusé à l'égard de l'infraction qu'on l'accuse d'avoir commis.

La Cour d'appel à la majorité ferait une distinction d'avec l'arrêt *Balcombe* pour les motifs que tous les éléments essentiels de l'infraction doivent être exposés au jury, ce qui inclut l'infraction de crime de guerre ou de crime contre l'humanité. Comme nous le constaterons, je ne considère pas l'existence ou l'inexistence d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité comme un élément essentiel de l'infraction, mais plutôt comme un lien en matière de compétence qui fonde la poursuite à l'égard de l'infraction sous-jacente de droit interne. Par ailleurs, il va sans dire que le jury devrait décider si, en fait, les actes qui constituent le crime de guerre ou le crime contre l'humanité ont été commis lorsqu'il détermine si l'infraction en droit canadien a été commise. Le jury n'agit pas dans l'absolu.

I respectfully reject the distinction drawn by the majority of the Court of Appeal between territorial jurisdiction of the court and territorial reach of the criminal law. The majority seems to have attempted to differentiate between the former, which it characterizes as going to the determination of the proper Canadian court to hear a case, and the latter, which it identifies as affecting the definition of the offences themselves.

With respect, s. 6(2) of the *Code* does not render Canadian territoriality a defining element of its offences. Rather, it merely precludes a person's conviction or discharge for an offence when committed outside Canada. This general principle of our criminal law system reflects, in addition perhaps to the need for accommodation in the interest of efficiency, Canada's acceptance of the general premise of the sovereignty of nations that underlies international relations. The fact that an act or an omission may have taken place outside Canada's borders does not negate its quality as culpable conduct in the eyes of Canadians and the underlying values of Canadian criminal law. This is reflected, as well, in the law of immigration, deportation and extradition. The principle of territoriality simply responds to the structure of the international order; the prosecution of the perpetrator of a criminal act is normally entrusted to the state in which the act was committed.

Questions of territoriality in all cases deal with the same matter: where did the event take place? Of course, the result of this determination may differ depending on whether the inquiry involves distinguishing between two provinces, on the one hand, or between Canada and another country, on the other. In the former case, the proper provincial court is determined, while in the latter, the capacity to try at all pursuant to the *Code* is at stake. In either case, however, the skill called upon to make the determination is the same: the technical ability to demarcate the location of the relevant act. In *Balcombe*, *supra*, this Court held that this function was properly entrusted to the trial judge. I see no

Avec égards, j'écarte la distinction qu'a établie la Cour d'appel à la majorité entre la compétence territoriale de la cour et la portée territoriale du droit criminel. La majorité semble avoir tenté de différencier la première qui, selon elle, vise la détermination du tribunal canadien approprié pour entendre l'affaire, et la seconde qui, à son avis, touche la définition des infractions elles-mêmes.

En toute déférence, le par. 6(2) du *Code* ne fait pas de la territorialité canadienne un élément qui délimite les infractions qui y sont prévues. Il ne fait plutôt qu'exclure la possibilité qu'une personne soit déclarée coupable ou absoute à l'égard d'une infraction commise à l'étranger. Ce principe général de notre régime de droit criminel reflète, outre peut-être la nécessité d'adaptation au nom de l'efficacité, l'acceptation par le Canada de la prémisse générale de la souveraineté des nations qui sous-tend les relations internationales. Le fait qu'un acte ou une omission se soit produit à l'extérieur des frontières canadiennes n'efface pas sa qualité d'acte coupable aux yeux des Canadiens et en fonction des valeurs fondamentales du droit criminel canadien. C'est ce que reflète également le droit en matière d'immigration, d'expulsion et d'extradition. Le principe de la territorialité répond simplement à la structure de l'ordre international; la poursuite de l'auteur d'un acte criminel est normalement confiée à l'État dans lequel l'acte a été commis.

Dans tous les cas, les questions de territorialité soulèvent la même interrogation: où l'événement s'est-il produit? Évidemment, la réponse à cette question peut varier selon qu'il s'agit de distinguer entre deux provinces, d'une part, ou entre le Canada et un autre pays, d'autre part. Dans le premier cas, le tribunal provincial approprié est déterminé, alors que dans le second cas le pouvoir même de juger conformément au *Code* est en jeu. Dans l'un ou l'autre cas, toutefois, l'habileté requise pour effectuer cette détermination est la même: la capacité technique de circonscrire l'endroit où l'acte en question a été commis. Dans l'arrêt *Balcombe*, précité, notre Cour a conclu que

reason why a different rule should apply to the s. 6 inquiry.

The terms of s. 6 are not absolute; they specifically envision exceptions, whether in the *Code* itself or in other Acts of Parliament. In making the territorial determination dictated by s. 6, the trial judge must consider whether these exceptional provisions apply. These exceptional provisions typically deem territoriality where relevant specified criteria are met. Although perhaps not enacted neatly in one *Code* provision, s. 6 and its exceptions constitute a united inquiry, destined to establish whether the court in question can hear the prosecution of the accused. In order to decide on the application of the general rule, the application of the exceptions would have to be assessed. To entrust the latter decision to the jury, while leaving the general question to the judge, would be an illogical division of labour and could only result in unnecessary confusion. The entire question of jurisdiction should therefore be assigned to the trial judge as a matter of law.

Section 7(3.71) of the *Code* is one of these exceptional provisions. Its criteria, whether the act amounts to a war crime or crime against humanity, whether it constituted an offence pursuant to Canadian law at the time of commission, and whether identifiable individuals were involved, are thus questions of law entrusted to the trial judge and not to the jury.

The Role of Judge and Jury

On this interpretation of the jurisdiction sections, a clear role for both judge and jury emerges.

The role of the jury will be similar to its role in an ordinary prosecution under our domestic law. Its function, and the charge made to it, will be like those that would be made to a jury determining the underlying offence only. The sole difference will be in relation to justifications, excuses and

cette fonction était à juste titre confiée au juge du procès. Je ne vois aucune raison d'appliquer une règle différente pour ce qui est de la détermination effectuée relativement à l'art. 6.

Le libellé de l'art. 6 n'est pas absolu; il envisage expressément des exceptions, soit dans le *Code* même, soit dans d'autres lois fédérales. En tranchant la question de la territorialité prescrite à l'art. 6, le juge du procès doit se demander si ces dispositions exceptionnelles s'appliquent. En règle générale, ces dernières créent une présomption de territorialité lorsque les critères pertinents sont respectés. Bien qu'ils ne soient peut-être pas édictés clairement dans une seule disposition du *Code*, l'art. 6 et ses exceptions forment une analyse unifiée, destinée à établir si le tribunal en question peut entendre la poursuite instituée contre l'accusé. Pour décider de l'application de la règle générale, il est nécessaire de considérer l'application des exceptions. Confier cette dernière décision au jury, tout en laissant la question générale au juge, créerait un partage illogique des tâches qui ne pourrait qu'engendrer une confusion inutile. Toute la question de la compétence devrait donc être laissée au juge du procès puisqu'il s'agit d'une question de droit.

Le paragraphe 7(3.71) du *Code* est l'une de ces dispositions exceptionnelles. Ses critères, soit les questions de savoir si l'acte équivaut à un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, si l'acte transgressait le droit canadien à l'époque de sa perpétration, et si des individus identifiables étaient impliqués, sont donc des questions de droit confiées au juge du procès et non au jury.

Le rôle du juge et du jury

De cette interprétation des articles attributifs de compétence, émerge un rôle distinct pour le juge et le jury.

Le rôle du jury sera semblable à celui qu'il assume dans le cadre d'une poursuite engagée en vertu du droit interne. Sa fonction, et les directives reçues, seront identiques à celles qu'on donne à un jury qui doit se prononcer sur l'infraction sous-jacente seulement. L'unique différence tiendra

defences. Section 7(3.73) provides the accused with the benefit of pleading all available international justifications, excuses and defences in addition to those existing under domestic law. The one domestic defence made unavailable, by the operation of s. 7(3.74), is the defence of obedience to *de facto* law. I shall have more to say about this in discussing the constitutionality of the scheme. It is enough to say here that it is clear to me that this is the scheme contemplated by Parliament.

dans les justifications, excuses et moyens de défense invoqués. En vertu du par. 7(3.73), l'accusé peut plaider, outre ceux qu'offre le droit interne, tous les moyens de défense, justifications et excuses qui existent en droit international. Le paragraphe 7(3.74) a toutefois pour effet d'interdire à l'accusé de plaider l'obéissance à la loi de facto. J'ajouterai des commentaires à ce sujet dans mon analyse de la constitutionnalité du régime. Il suffit de dire pour l'instant qu'il m'apparaît clairement que c'est là le régime envisagé par le législateur.

For his or her part, the trial judge must determine whether all the conditions for the exercise of jurisdiction are met. If the requirements set by Parliament are not satisfied, then the exception to the rule of no extraterritorial application is not met, and the court must decline jurisdiction and the accused acquitted even if all the elements of the offences of manslaughter, robbery, confinement or assault may be satisfied.

Pour sa part, le juge du procès doit déterminer si toutes les conditions requises pour l'exercice de la compétence sont respectées. Si les conditions énoncées par le législateur ne sont pas remplies, aucune exception à la règle qui interdit la poursuite extraterritoriale ne s'applique et le tribunal doit refuser d'exercer toute compétence et acquitter l'accusé, peu importe que tous les éléments des infractions d'homicide involontaire coupable, de vol qualifié, de séquestration et d'agression puissent être établis.

It is evident from my earlier comments that I do not agree with the trial judge and the majority of the Court of Appeal that the requirements for jurisdiction be proved beyond a reasonable doubt. Unlike the dissenting judges in the Court of Appeal, however, I believe that the trial judge will have to consider the evidence to satisfy the jurisdiction requirements. The judge cannot simply base his or her assessment of these requirements on the charges as alleged, and leave all the findings of fact to the jury, because some of the facts necessary to establish jurisdiction are not the same as those necessary for the jury's determination of the underlying offence. Thus, for example, a jurisdiction requirement of a war crime requires that the action be done during an international military conflict, a fact that need not be found by a jury determining whether there was manslaughter or kidnapping, (though inevitably these facts will be before them and may, in some cases, be relevant to

Mes commentaires antérieurs indiquent clairement que je ne conviens pas avec le juge du procès et la Cour d'appel à la majorité que l'existence des conditions nécessaires à l'exercice de la compétence doit être démontrée hors de tout doute raisonnable. Contrairement aux juges dissidents de la Cour d'appel, toutefois, j'estime que le juge du procès devra apprécier la preuve afin de satisfaire aux conditions nécessaires à l'exercice de la compétence. Le juge ne peut pas simplement fonder son analyse de ces conditions sur les accusations portées et laisser au jury la tâche de tirer toutes les conclusions de fait, puisque certains des faits requis pour établir la compétence ne sont pas identiques à ceux qui sont requis pour que le jury détermine si l'infraction sous-jacente a été commise. Ainsi, par exemple, l'exigence juridictionnelle relative à un crime de guerre requiert que l'acte soit commis au cours d'un conflit international armé, fait que n'est pas nécessairement tenu de constater le jury qui détermine s'il y a eu homicide involontaire coupable ou enlèvement (bien qu'inévitablement, ces faits lui seront présentés et peu-

their task in relation to some justification, excuse or defence under international law).

I see no procedural quagmire in the different functions of judge and jury, although it may at times call for some procedural ingenuity. Certainly, if the charges even as alleged do not meet the jurisdiction requirements, then on motion the judge can decline jurisdiction. Beyond that, however, the judge will have to examine the evidence to determine that the jurisdictional facts are established. In ordinary cases, the judge hears the evidence in relation to the jurisdictional point in a *voir dire*, since most of it is irrelevant for the jury's issues. However, since in this case the jury will have to hear much of the same evidence related to the offences as the trial judge would have to hear in relation to the jurisdiction issue, it will usually be more efficient to have the trial judge consider the jurisdiction issue at the same time as the jury hears the evidence related to the offence. If desired, and to keep a jury's mind clear, the parts of the evidence or expert testimony that are completely irrelevant to the jury's concerns can be heard in the absence of the jury. At the close of the evidence, the judge will decide whether the conditions for the exercise of jurisdiction have been met. If so, then the court can proceed to hear the verdict of the jury.

vent, dans certains cas, être pertinents quant à sa tâche relativement à quelque justification, excuse ou moyen de défense en droit international).

Je ne vois aucun bourbier procédural dans les différentes fonctions de juge et de jury, bien que l'on doive à l'occasion faire preuve d'une certaine ingéniosité procédurale. De toute évidence, si les accusations, même telles qu'alléguées, ne satisfont pas aux conditions d'exercice de la compétence, le juge peut alors, sur requête, décliner sa compétence. De plus, il devra toutefois examiner la preuve pour déterminer que les faits attributifs de compétence sont établis. En temps ordinaire, le juge entend la preuve relative à la question de la compétence lors d'un voir-dire, puisque la majeure partie de cette preuve n'est pas pertinente quant aux questions relevant du jury. En l'espèce le jury devra toutefois entendre, relativement aux infractions, presque la même preuve que le juge du procès aura entendue sur la question de la compétence. Il sera donc plus efficace que le juge du procès se penche sur la question de la compétence au moment où le jury entend la preuve sur l'infraction. Si on le désire, et pour éviter de confondre le jury, les parties de la preuve ou des témoignages d'experts qui sont tout à fait étrangers aux responsabilités du jury peuvent être entendues en son absence. Une fois la présentation de la preuve terminée, le juge décidera si les conditions requises pour l'exercice de la compétence ont été remplies. Dans l'affirmative, le tribunal peut entendre le verdict du jury.

The Mental Element Required for War Crimes or Crimes Against Humanity

While my finding on the first ground of appeal is sufficient to allow this appeal, I shall also deal with the second ground of appeal which relates to the requirements of international law regarding the mental element in war crimes and crimes against humanity. The appellant argues that the trial judge seriously erred in his understanding of the requirements of these crimes, and in particular, that the judge set far too high a requirement for the mental element required for there to be a war crime or crime against humanity. For reasons that will appear I agree that the trial judge and the majority

L'élément moral requis relativement aux crimes de guerre ou aux crimes contre l'humanité

Bien que ma conclusion sur le premier moyen d'appel suffise pour accueillir le pourvoi, j'examinerai également le second moyen d'appel, qui porte sur l'élément moral requis en droit international relativement aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité. L'appelant fait valoir que le juge du procès a commis une grave erreur dans son interprétation des exigences relatives à ces crimes et, en particulier, qu'il a formulé des exigences beaucoup trop sévères relativement à l'élément moral requis pour qu'il s'agisse de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité.

of the Court of Appeal erred on the second ground of appeal as well.

In making his determination on the issue of jurisdiction, the judge must determine that there was a war crime or crime against humanity. What these entail is partly set out by the *Code* (s. 7(3.76)), but will also require reference to international law. This creates some complexity, but the requirements can be deciphered by reference to theoretical constructs of criminal law already familiar to us. The structure of most of the international law in relation to war crimes and crimes against humanity can be conveniently examined under the familiar analysis of the elements of the act (the *actus reus*), the mental elements and defences. The judge must examine the evidence and compare it to the international law to determine whether the requirements of the crime are satisfied, as well as what defences may be available.

Actus Reus Requirement

The issue raised is confined to the *mens rea* relating to a war crime or crime against humanity, but to understand that issue, it is necessary to examine briefly the requirements of the *actus reus* necessary to constitute a war crime or crime against humanity. Both the *Code* and international law contain requirements of particular types of acts or omissions. Thus, for example, the war crime of mistreatment of civilians requires that the accused have done actions that amount to mistreatment. As Manfred Lachs, *War Crimes: An Attempt to Define the Issues* (1945), chapter 7, observed, these acts are usually characterized by violence. In addition, particular circumstances are frequently required. This is clearly exemplified by the requirement that war crimes involve actions that occurred during a state of war. At times, the actions may also have to be directed at certain objects. For example, some actions, though permissible against enemy soldiers in the field, are war crimes if committed against civilians or prisoners. The trial judge must be satisfied that these particular requirements required by international law and by the *Code* are met for there

Pour des motifs que nous verrons, je conviens que le juge du procès et la Cour d'appel à la majorité ont commis une erreur sur le second moyen d'appel également.

Lorsqu'il tranche la question de la compétence, le juge doit déterminer qu'il y a eu crime de guerre ou crime contre l'humanité. Ces crimes, dont la portée est énoncée en partie dans le *Code* (par. 7(3.76)), requièrent également qu'on se rapporte au droit international. S'il en résulte une certaine complexité, on peut toutefois déchiffrer les exigences en se reportant aux structures théoriques du droit criminel que l'on connaît déjà. On peut facilement examiner la structure de la plus grande partie du droit international relatif aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité dans le cadre de l'analyse familière des éléments de l'acte (l'*actus reus*), des éléments moraux et des moyens de défense. Le juge doit examiner la preuve et la comparer au droit international pour déterminer si les exigences du crime sont respectées, et les moyens de défense qui peuvent être invoqués.

Exigence relative à l'actus reus

La question soulevée se limite à la *mens rea* rattachée au crime de guerre ou au crime contre l'humanité, mais, pour comprendre la question, il faut examiner brièvement les exigences relatives à l'*actus reus* du crime de guerre ou du crime contre l'humanité. Le *Code* et le droit international prescrivent tous les deux des types particuliers d'actes ou d'omissions. Ainsi, par exemple, le crime de guerre qui consiste à maltraiter des civils nécessite que l'accusé ait commis des actes qui équivalent à un mauvais traitement. Comme l'a souligné Manfred Lachs, *War Crimes: An Attempt to Define the Issues* (1945), chapitre 7, ces actes sont généralement caractérisés par leur violence. En outre, l'existence de circonstances particulières est fréquemment requise. C'est ce qu'illustre clairement la condition suivant laquelle les crimes de guerre doivent mettre en cause des actes commis au cours d'un état de guerre. À certains moments, les actes ont pu également être dirigés contre certains objets. Par exemple, certains actes, quoique permis contre les soldats ennemis au champ de bataille, sont des crimes de guerre s'ils sont commis contre

to have been a crime against humanity or a war crime. While this may at times raise difficult and complex issues, the general idea of an act or omission, and possibly consequences and circumstances, is well understood; see Lachs, *supra*, at pp. 16-24; L. C. Green, *International Law: A Canadian Perspective* (2nd ed. 1988), Part VI, at §§ 359-64.

A good example is the requirement that to constitute a crime against humanity the impugned act have been directed at "any civilian population or any identifiable group" (see s. 7(3.76)). Again one must return to the international system perspective to understand this requirement. As mentioned earlier, this is the specific factor that gives the crime the requisite international dimension and that permits extraterritorial prosecution, thus distinguishing it from an "ordinary crime" that the state is expected to prosecute. Unlike ordinary crimes, it is of direct concern to the international community and may be prosecuted wherever the alleged offender may be found. As earlier mentioned, this exception to the ordinary principle that criminal law is territorially limited is made necessary by a number of considerations. As mentioned, where the crime is especially widespread in that it is directed against an entire population (whether of a town, or region, or even nationally) or an identifiable group within the population, foreign enforcement is especially important because there is often the possibility that the government in the state where the crime occurs may not be willing to prosecute; indeed it may be the source of the crimes. For this reason, international law permits other states to exercise jurisdiction to try such crimes. Given that this is the condition to assuming jurisdiction, the trial judge would have to find that the criminal conduct was directed at a civilian population or identifiable group.

des civils ou des prisonniers. Le juge du procès doit être convaincu que ces exigences particulières requises en droit international et dans le *Code* sont remplies, pour qu'il y ait eu crime contre l'humanité ou crime de guerre. Si cela risque à l'occasion de soulever des questions épineuses et complexes, l'idée générale de l'acte ou omission, et peut-être de ses conséquences et circonstances, est bien saisie; voir Lachs, *op. cit.*, aux pp. 16 à 24; L. C. Green, *International Law: A Canadian Perspective* (2e éd. 1988), partie VI, aux §§ 359 à 364.

Voici un bon exemple: pour constituer un crime contre l'humanité, l'acte reproché doit avoir été commis contre «une population civile ou un groupe identifiable de personnes» (voir le par. 7(3.76)). Encore une fois, il faut se reporter à l'optique du système international pour comprendre cette condition. Comme je l'ai mentionné précédemment, il s'agit là de l'élément particulier qui revêt le crime de la dimension internationale requise et qui permet la poursuite extraterritoriale, le distinguant ainsi du «crime ordinaire» à l'égard duquel l'État est censé engager des poursuites. Contrairement aux crimes ordinaires, ce crime intéresse directement la communauté internationale et peut faire l'objet d'une poursuite là où l'auteur présumé se trouve. Je le répète, bon nombre de facteurs rendent nécessaire cette exception au principe ordinaire que le droit criminel est circonscrit sur le plan territorial. Comme je l'ai mentionné, si le crime est particulièrement étendu en ce qu'il est commis contre une population entière (d'un village, d'une région, ou même d'un pays) ou un groupe identifiable au sein de la population, l'application à l'étranger est particulièrement importante puisqu'il arrive fréquemment que le gouvernement en place dans l'État où le crime a été commis ne soit pas disposé à poursuivre son auteur; de fait, il peut lui-même être à l'origine des crimes. Pour ce motif, le droit international autorise les autres États à exercer leur compétence pour juger de tels crimes. Comme l'exercice de la compétence est assujetti à cette condition, le juge du procès serait tenu de conclure que le comportement criminel était dirigé contre la population civile ou un groupe identifiable de personnes.

Apart from his error in putting this question to the jury, the trial judge seems to have had a good sense of the *actus reus* requirements under international law. Thus he specifically noted such requirements as that for war crimes there must be international conflict, and that the accused had to be an agent of an occupying force. To cover other elements of a war crime, he also referred to the acts having to be of the "factual quality" of war crimes or crimes against humanity. This appears to be too ambiguous and should have more specifically been considered against specific types of war crimes or crimes against humanity. This concept illustrates some of the problems of putting this entire question to the jury: this determination clearly involves an assessment of the legal quality of the acts as well as their factual components. This aspect of the judge's understanding of war crimes or crimes against humanity would, however, appear to be adequate if the question were decided, as I have indicated it should be, by the judge as a question of law.

Mis à part cette erreur dans la présentation de la question au jury, le juge du procès semble avoir eu une bonne compréhension des exigences relatives à l'*actus reus* en droit international. Ainsi, il a expressément souligné des conditions comme celle suivant laquelle pour qu'il y ait crime de guerre il doit y avoir conflit international, et que l'accusé doit avoir été un représentant d'une force d'occupation. Pour couvrir d'autres éléments d'un crime de guerre, il a également mentionné que les actes devaient revêtir la «qualité factuelle» des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité. Cela semble trop ambigu et aurait dû être plus explicitement considéré par rapport à des catégories précises de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Ce concept illustre certains des problèmes inhérents au fait de soumettre cette question entière au jury: une telle décision exige manifestement une évaluation de la qualité légale des actes de même que de leurs composantes factuelles. Cet aspect de la compréhension par le juge des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité paraîtrait toutefois adéquat si la question était tranchée, comme j'ai indiqué qu'elle devrait l'être, par le juge, à titre de question de droit.

More serious was that the trial judge at several points referred to the accused's actions having "risen up" to the quality of a war crime or crime against humanity. This is not strictly accurate; there may be different considerations for the offences under international law, and they may have some additional requirements to those for domestic offences, but these are not always higher and may not be related to individual culpability. To use language that suggests that somehow there is a higher degree of culpability required in relation to the international crimes is misleading.

Le fait que le juge du procès ait, à plusieurs reprises, mentionné que les actes de l'accusé s'étaient «élevés» au niveau du crime de guerre ou du crime contre l'humanité est plus grave. Cela n'est pas tout à fait exact; diverses considérations relatives aux infractions en droit international peuvent entrer en jeu. Elles peuvent inclure des exigences qui s'ajoutent à celles qui sont relatives aux infractions de droit interne, mais elles ne sont pas toujours supérieures et peuvent ne pas être reliées à la culpabilité de l'individu. Il est trompeur d'utiliser un langage qui laisse entendre que, d'une certaine façon, les crimes internationaux exigent un degré supérieur de culpabilité.

Mens Rea Requirement

La mens rea requise

The trial judge was quite rightly concerned that the acts or omissions should be of a type that is prohibited as war crimes or crimes against humanity as defined in the *Code* and under international law. But from this the judge drew some seriously

Le juge du procès s'intéressait très justement au fait que les actes ou omissions devraient être de ceux qui sont interdits à titre de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité, tels que ceux-ci sont définis dans le *Code* et en droit international.

erroneous implications about the mental element required to find that there was a war crime or crime against humanity. With all respect, the trial judge, in my view, made two types of errors, which are related in their effect: first, in requiring that there be a mental element for each and every component of a war crime or crime against humanity, and secondly, partly as a result of the first error, in suggesting that the accused needed to have known that his actions were illegal. The simple fact, as I see it, is that there is no need for the jury to be concerned with the mental element in relation to the war crimes and crimes against humanity beyond those comprised in the underlying domestic offence with which the accused is charged. In other words, as I will attempt to demonstrate, the mental blameworthiness required for such crimes is already captured by the *mens rea* required for the underlying offence. The additional circumstances of the *actus reus* required in terms of the international system to justify extraterritorial jurisdiction do not require that the accused individually have knowledge of these matters. These components of the *actus reus* really have nothing to do with individual culpability. As I see it, the law does not require that the accused individually have had knowledge of these factors. Such a requirement cannot be found in either Canadian or international law.

Il en a toutefois tiré des conclusions gravement erronées sur l'élément moral requis pour que l'on puisse conclure qu'un crime de guerre ou un crime contre l'humanité a été perpétré. Avec égards, le juge du procès a, à mon avis, commis deux erreurs, dont les effets sont connexes. Il a d'une part exigé qu'il y ait un élément moral pour chaque élément du crime de guerre ou du crime contre l'humanité et, d'autre part, en partie du fait de la première erreur, il a donné l'impression que l'accusé devait avoir été au courant de l'illégalité de ses actes. À mon sens, le jury n'a tout simplement pas à se préoccuper de l'élément moral relativement aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité, si ce n'est celui qui est inclus dans l'infraction sous-jacente de droit interne reprochée à l'accusé. En d'autres termes, comme je tenterai de le démontrer, l'élément de blâme moral nécessaire pour de tels crimes est déjà compris dans la *mens rea* requise pour l'infraction sous-jacente. Les autres éléments de l'*actus reus* exigé sur le plan international pour justifier la compétence extraterritoriale ne nécessitent pas que l'accusé soit personnellement au courant de ces questions. Ces éléments de l'*actus reus* n'ont véritablement rien à voir avec la culpabilité individuelle. À mon sens, le droit n'exige pas que l'accusé ait lui-même connu l'existence de ces facteurs. Ni le droit canadien ni le droit international ne prescrivent une telle exigence.

In neither the jurisdiction nor the definition section of the *Code* (s. 7(3.71) and s. 7(3.76) respectively) is any mental element specifically alluded to; all that is stated is that there be behaviour that constitutes an act or omission that is contrary to international law. In turn, the requirements for the mental element under international law are often not as clearly established as under our national law. I suspect that this lack of express discussion of the requirement is largely because nobody ever really thought that there was a need for an individual *mens rea* that went beyond that required for the basic nature of the conduct, whether that be murder, assault, robbery or kidnapping. In international law, the mental element frequently seems to be ignored, and focus is instead placed on the special factual circumstances in which the culpable

La disposition du *Code* qui attribue la compétence et celle qui énonce les définitions (par. 7(3.71) et (3.76) respectivement) ne font aucune mention expresse d'un élément moral; elles requièrent uniquement l'existence d'un comportement qui constitue un acte ou une omission contraire au droit international. Pour leur part, les exigences relatives à l'élément moral requis en droit international sont rarement aussi clairement établies que dans notre droit interne. Je soupçonne que ce manque d'explicitation de l'exigence est dû en grande partie au fait que personne n'a jamais vraiment pensé qu'il fallait une *mens rea* individuelle s'élevant au-delà de ce qui est requis à l'égard de la nature élémentaire de l'acte, qu'il s'agisse d'un meurtre, de voies de fait, d'un vol qualifié ou d'un enlèvement. En droit international, on semble fré-

conduct occurred. However, if a detailed refutation is required, it seems justified to use our established common law rules of *mens rea* where the international law does not have specific standards.

Most criminal offences require that there be a *mens rea* in relation to the basic act or omission. At times, but by no means invariably, some form of *mens rea*, sometimes knowledge, sometimes recklessness or even inadvertence, is required in relation to consequences and circumstances as well. In the present case, however, the trial judge insisted that there be a subjective mental element in relation to all the elements of the act that constitute the war crime or crime against humanity. For example, in relation to the first count of unlawful confinement, the trial judge considered the necessary mental element to be:

Essential Elements of Count 1: Confinement: Crime Against Humanity

(3) The accused knew that the confinement had the factual quality of a crime against humanity in the sense that it was

(1) enslavement or

(2) inhumane or persecutorial deportation or

(3) racial or religious persecution or

(4) an inhumane act and

(4) The accused knew that the people confined were a civilian population or any identifiable group of persons and

(5) The accused knew the confinement was in execution of or in connection with the conduct . . . of war or any war crime. [Emphasis added.]

Moreover, he emphasized that this was a subjective condition which the particular accused must satisfy; any such knowledge could not be simply inferred from the conduct or intent or knowledge to do the simple act. The judge instructed the jury on the second count in exactly the same way

quemment négliger l'élément moral, en mettant plutôt l'accent sur les circonstances factuelles exceptionnelles dans lesquelles le comportement coupable est survenu. Toutefois, si une réfutation détaillée est requise, il semble légitime d'utiliser nos règles établies en common law quant à la *mens rea* là où le droit international ne prévoit aucune norme précise.

La plupart des infractions criminelles demandent une *mens rea* quant à l'omission ou à l'acte lui-même. Dans certains cas, mais certainement pas tous, une certaine forme de *mens rea*, soit la connaissance, soit l'insouciance ou même l'inadvertance, est également requise relativement aux conséquences et aux circonstances. En l'espèce, toutefois, le juge du procès a insisté sur le fait qu'il devait y avoir un élément moral subjectif à l'égard de tous les éléments de l'acte qui constituent le crime de guerre ou le crime contre l'humanité. Ainsi, en ce qui concerne le premier chef d'accusation de séquestration illégale, le juge du procès a estimé que l'élément moral requis était le suivant:

Éléments essentiels du premier chef: Séquestration: Crime contre l'humanité

[TRADUCTION]

(3) L'accusé savait que la séquestration avait la qualité factuelle d'un crime contre l'humanité puisqu'il s'agissait

(1) d'une réduction en esclavage; ou

(2) d'une déportation inhumaine ou persécutrice; ou

(3) d'une persécution raciale ou religieuse; ou

(4) d'un acte inhumain; et

(4) L'accusé savait que les personnes séquestrées étaient membres de la population civile ou d'un groupe identifiable de personnes; et

(5) L'accusé savait que la séquestration était faite en exécution [. . .] de la guerre ou de tout crime de guerre, ou en rapport avec ceux-ci. [Je souligne.]

Il a par ailleurs souligné qu'il s'agissait d'une condition subjective à laquelle l'accusé devait satisfaire; cette connaissance ne pouvait simplement être inférée du comportement, de l'intention de commettre l'acte ou de la connaissance de celui-ci. Le juge a utilisé des termes identiques dans son

except that he substituted "crime against humanity" with "war crime", and he followed a similar pattern in respect of robbery, kidnapping and manslaughter.

In my view, this is far too high a standard; a *mens rea* need only be found in relation to the individually blameworthy elements of a war crime or crime against humanity, not every single circumstance surrounding it. This approach receives support in Canadian domestic law. In *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944, at pp. 964-65, this Court held that reading in such a requirement for every element of an offence misconstrues and overgeneralizes earlier decisions of this Court. Rather, the proper approach, it noted, was that "there must be an element of personal fault in regard to a culpable aspect of the *actus reus*, but not necessarily in regard to each and every element of the *actus reus*" (p. 965). [Emphasis added.]

This reasoning is especially appropriate in dealing with circumstances related to international offences that do not involve culpability but are of a more technical nature. For example, the trial judge, in my view, erred in requiring for a finding of war crime that the accused knew that he was an agent of an occupying force or that there was actually war. Had the accused acted not as an agent but on his own, his individual culpability would be no less — he might, indeed, be more culpable. The same would be true if he had committed the acts charged in peace time. As I have already indicated, all that matters is that these factual conditions be present. In the scheme as set out by the legislature, these conditions constitute a justification in the international system for extraterritorial prosecution rather than matters going to individual culpability. They go to jurisdiction.

The same is true of the trial judge's instruction that it was necessary that the accused know that the actions were directed against a civilian popula-

exposé au jury sur le second chef, si ce n'est qu'il a remplacé «crime contre l'humanité» par «crime de guerre». Il a suivi une voie semblable relativement au vol qualifié, à l'enlèvement et à l'homicide involontaire coupable.

À mon avis, il s'agit là d'une norme beaucoup trop sévère; il n'est nécessaire de constater la *mens rea* que relativement aux éléments individuellement blâmables d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité, et non pas à toutes les circonstances qui l'entourent. Ce point de vue est appuyé en droit canadien. Dans l'arrêt *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, aux pp. 964 et 965, notre Cour a déterminé qu'inclure une telle exigence à l'égard de chaque élément d'une infraction résulte d'une mauvaise interprétation et d'une généralisation excessive des arrêts antérieurs de notre Cour. Elle a fait remarquer qu'il faut plutôt «un élément de faute personnelle à l'égard d'un aspect coupable de l'*actus reus*, mais pas nécessairement à l'égard de chacun des éléments de l'*actus reus*» (p. 965). [Je souligne.]

Ce raisonnement est particulièrement opportun dans l'examen des circonstances reliées aux infractions de droit international qui ne mettent pas en cause la culpabilité, mais sont de nature plus technique. Ainsi, le juge du procès a, à mon avis, commis une erreur en exigeant, pour que l'on puisse conclure à l'existence d'un crime de guerre, que l'accusé ait su qu'il était un représentant d'une force d'occupation ou que sévissait effectivement une guerre. Si l'accusé avait agi non pas à titre de représentant, mais pour son propre compte, sa culpabilité personnelle ne serait pas moindre — elle pourrait de fait être accrue. Il en serait de même s'il avait commis les actes reprochés en temps de paix. Comme je l'ai déjà mentionné, tout ce qui importe, c'est que ces conditions factuelles soient présentes. Dans le régime créé par le législateur, ces conditions permettent de justifier en regard du système international la poursuite extraterritoriale et ne se rapportent pas à la culpabilité individuelle. Elles touchent à la compétence.

Il en est de même des directives du juge du procès portant que l'accusé devait savoir que les actes étaient dirigés contre une population civile ou un

tion or an identifiable group. I would argue that such knowledge on the part of the accused is strictly irrelevant to his individual culpability. To forcibly confine or kidnap 8,617 people is equally blameworthy whether he knew or did not know that they were Jews. On a practical level, the lack of real relevance of knowledge about such matters is evident from the circumstances. Can anyone doubt that an adequate knowledge would be that difficult to find? When one is aware that the actions are directed at a large number of people with the same characteristic, such knowledge would be easily inferred. In this case, for example, since Jews had expressly been the only subject of all these actions to the knowledge of those involved, then it seems readily apparent that the requisite knowledge in relation to this circumstance is met. Similar considerations apply to other issues of this kind, such as whether a state of war existed.

groupe identifiable de personnes. Je suis d'avis que cette connaissance de l'accusé n'a absolument rien à voir avec sa culpabilité. Séquestrer illégalement ou enlever 8 617 personnes est tout aussi blâmable, qu'il ait su ou non qu'il s'agissait de Juifs. Du point de vue pratique, la non-pertinence de la connaissance de ces éléments ressort des circonstances. Peut-on douter qu'il serait si difficile de conclure à une connaissance suffisante? On peut facilement déduire que la personne qui sait que les actions sont dirigées contre un grand nombre de personnes réunissant les mêmes caractéristiques a cette connaissance. En l'espèce, par exemple, puisque les Juifs avaient expressément été l'objet unique de tous ces actes à la connaissance de ceux qui étaient impliqués, il semble tout à fait clair que l'exigence en matière de connaissance à l'égard de cet aspect est remplie. Des considérations semblables s'appliquent à d'autres questions de ce genre, telle celle de savoir s'il y avait un état de guerre.

I should at this stage, however, underline that there may be a requirement of a mental element for certain justifications, excuses and defences under international law, but, as previously noted, these are made available to the accused in defending himself or herself of the domestic offence, e.g., kidnapping, with which he is charged. If any such justification, excuse or defence arises on the evidence, it must be put to the jury and if the jury has any reasonable doubt respecting that mental element it must, of course, resolve that doubt in favour of the accused, as is the case of any defence available to the accused under Canadian law.

Il y a toutefois lieu à cette étape-ci de souligner qu'il peut y avoir un élément moral requis à l'égard de certaines justifications, excuses et moyens de défense en droit international, mais, comme je l'ai mentionné précédemment, l'accusé peut s'en prévaloir pour se défendre de l'infraction de droit interne, par exemple l'enlèvement, dont il est inculpé. Si le moyen de défense, la justification ou l'excuse naît de la preuve, il doit être soumis au jury. Si ce dernier entretient un doute raisonnable à l'égard de l'élément moral en cause, il doit évidemment en faire bénéficier l'accusé, comme c'est le cas pour tout moyen de défense auquel l'accusé peut recourir en droit canadien.

As earlier noted, the trial judge's overemphasis on knowledge on the part of the accused led him to a different, if intertwined, type of error. It led him to confuse the difference between the mental element in relation to the factual nature of the impugned act and its legal or moral quality. As Dubin C.J. noted this confusion is best exemplified in the instruction in relation to the term "inhumane act" contained in the definition of "crime against humanity" in s. 7(3.76). This general category should not be taken to import a knowledge of the

Comme je l'ai signalé précédemment, l'importance excessive qu'a accordée le juge à la connaissance de l'accusé l'a amené à commettre une erreur différente, encore que liée à la première. Il a ainsi confondu la différence entre l'élément moral relatif à la nature factuelle de l'acte reproché et sa qualité légale ou morale. Comme le juge en chef Dubin l'a remarqué, cette confusion est bien illustrée dans les directives relatives au terme «fait inhumain» contenu dans la définition de «crime contre l'humanité» au par. 7(3.76). Il ne faudrait

inhumanity of the behaviour. If an accused knowingly confines elderly people in close quarters within boxcars with little provision for a long train ride, then the fact that the accused subjectively did not consider this inhumane should be irrelevant.

This confusion between appreciation of the factual as opposed to the moral or legal quality of the accused's actions was exacerbated by further comments in the trial judge's charge that indicated his view of the *mens rea* requirement. While the judge did refer on a number of occasions to the accused's knowledge of the factual quality of a crime against humanity, as Dubin C.J. points out, he returned again and again to his view that the jury had to be satisfied beyond a reasonable doubt that the accused knew that the act he did was inhumane (i.e., a crime against humanity). Dubin C.J. refers to a number of these instances (at pp. 32-33). I cite a few here:

> Remember always that before the accused can be convicted, it has to be proved beyond a reasonable doubt, *whatever he did to his knowledge rose up to the level of a war crime or rose up to the level of a crime against humanity.*
>
> *Even if the Crown proved beyond a reasonable doubt the accused committed confinement, robbery, kidnapping or manslaughter; you must acquit unless the Crown also proves beyond a reasonable doubt that to the knowledge of the accused what he did rose up to the level of a war crime or rose up to the level of a crime against humanity.*
>
> . . .
>
> One of the ways for the Crown to prove Count 1 is to prove beyond a reasonable doubt that the accused personally knew that the confinement had the factual quality of a crime against humanity in the sense that it was an inhumane act. Now, this is just one element. Of course, there are six or seven other things the Crown has to prove, but this is one example of one element the Crown has to prove. So *it is an essential element on that count that the Crown has to prove*

pas comprendre que cette catégorie générale introduit l'élément de connaissance de la nature inhumaine du comportement. Si l'accusé séquestre sciemment des personnes âgées dans un wagon fermé en leur fournissant peu de provisions pour un long voyage en train, le fait que l'accusé n'ait subjectivement pas considéré ces actes comme étant inhumains ne devrait pas être pertinent.

Cette confusion entre l'appréciation de la qualité factuelle par opposition à la qualité morale ou légale des actes de l'accusé a été aggravée par d'autres commentaires du juge du procès dans son exposé, qui reflétaient son opinion quant à la *mens rea* requise. Bien que le juge ait renvoyé à plusieurs reprises à la connaissance par l'accusé de la qualité factuelle d'un crime contre l'humanité, comme l'a souligné le juge en chef Dubin, il a répété à maintes reprises son opinion portant que le jury devait être convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé savait que l'acte qu'il avait commis était inhumain (c'est-à-dire qu'il s'agissait d'un crime contre l'humanité). Le juge en chef Dubin renvoie à certains de ces cas (aux pp. 32 et 33). J'en cite quelques-uns ici:

> [TRADUCTION] Rappelez-vous que, pour déclarer l'accusé coupable, il faut établir hors de tout doute raisonnable que, *à sa connaissance, ce qu'il a fait s'élevait au niveau du crime de guerre ou du crime contre l'humanité.*
>
> *Même si le ministère public a établi hors de tout doute raisonnable que l'accusé s'est rendu coupable de séquestration, vol qualifié, enlèvement ou homicide involontaire coupable, vous devez l'acquitter, à moins que le ministère public n'établisse également hors de tout doute raisonnable que l'accusé savait que ses actes s'élevaient au niveau du crime de guerre ou du crime contre l'humanité.*
>
> . . .
>
> Pour s'acquitter de son fardeau à l'égard du premier chef d'accusation, le ministère public peut notamment prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé savait personnellement que la séquestration avait la qualité factuelle d'un crime contre l'humanité puisqu'il s'agissait d'un acte inhumain. Ce n'est là qu'un seul élément, mais le ministère public doit évidemment en établir six ou sept autres. Celui-ci n'est qu'un exemple d'un élément que le ministère

beyond a reasonable doubt the accused knew that the confinement was an inhumane act. [Emphasis added by Dubin C.J.]

In my view, these instructions introduced elements of knowledge of both the legal and moral status of the conduct, in a way that is not required by either domestic or international law.

It is well established in our domestic criminal law jurisprudence that knowledge of illegality is not required for an accused. Section 19 of the *Code* echoes a requirement found in earlier codes (including the one in effect at the time the actions in this case were alleged to have been committed): ignorance of the law by one who commits an offence is not an excuse for committing the offence. At common law the principle is well established. As Smith and Hogan, *Criminal Law* (7th ed. 1992), put it, at p. 81:

It must usually be proved that D intended to cause, or was reckless whether he caused, the event or state of affairs which, as a matter of fact, is forbidden by law; but it is quite immaterial to his conviction (though it might affect his punishment) whether he *knew* that the event or state of affairs was forbidden by law. [Emphasis in original.]

Nor should it be forgotten that awareness that the act is morally wrong is also immaterial. Smith and Hogan, *supra*, note, at p. 53:

A man may have *mens rea*, as it is generally understood today, without any feeling of guilt on his part. He may, indeed, be acting with a perfectly clear conscience, believing his act to be morally, and even legally, right, and yet be held to have *mens rea.*

In *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5, at p. 18, McLachlin J. emphasized that regardless of the nature of the circumstances or consequences required:

First, as Williams underlines, this inquiry has nothing to do with the accused's system of values. A person is not saved from conviction because he or she believes there

public doit établir. Par conséquent, *il est essentiel, relativement au chef en question, que le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé savait que la séquestration était un acte inhumain.* [Italiques du juge en chef Dubin.]

À mon avis, ces directives ont introduit des éléments de connaissance de la qualité à la fois légale et morale du comportement, d'une manière que ne requiert ni le droit interne, ni le droit international.

Il est bien établi dans la jurisprudence canadienne en droit criminel qu'il n'est pas nécessaire que l'accusé sache que l'acte est illégal. L'article 19 du *Code* reprend une exigence que prévoyaient des codes antérieurs (dont celui en vigueur au moment où les actes en cause en l'espèce auraient été commis): l'ignorance de la loi chez une personne qui commet une infraction n'excuse pas la perpétration de l'infraction. En common law, le principe est solidement établi. Comme Smith et Hogan, *Criminal Law* (7e éd. 1992) l'exposent, à la p. 81:

[TRADUCTION] Il faut généralement prouver que D avait l'intention de causer ou ne se souciait pas de causer le résultat ou la situation qui, en fait, sont interdits par la loi; mais qu'il ait *su* que le résultat ou la situation étaient interdits en droit n'a rien à voir avec sa déclaration de culpabilité (bien que cela puisse avoir une incidence sur sa peine). [En italique dans l'original.]

On ne saurait par ailleurs oublier que le fait de savoir que l'acte est moralement fautif est également peu pertinent. Smith et Hogan, *op. cit.*, remarquent, à la p. 53:

[TRADUCTION] Un individu peut avoir la *mens rea*, au sens où elle est généralement comprise aujourd'hui, sans ressentir aucun sentiment de culpabilité. Il peut de fait agir avec une conscience parfaitement claire, croire son acte moralement, voire même légalement correct, et être tout de même jugé comme ayant la *mens rea* requise.

Dans l'arrêt *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, à la p. 18, le juge McLachlin a souligné que, peu importe la nature des circonstances ou des conséquences requises:

Premièrement, comme le souligne Williams, la présente analyse n'a rien à voir avec l'échelle des valeurs de l'accusé. Une personne n'échappe pas à une déclaration de

is nothing wrong with what he or she is doing. The question is whether the accused subjectively appreciated that certain consequences would follow from his or her acts, not whether the accused believed the acts or their consequences to be moral.

The underlying rationale behind the *mens rea* requirement is that there is a lack of sense of personal blame if the person did not in some way even intend to do the action or omission. In finding a war crime or crime against humanity, the trial judge must, of course, look for the normal intent or recklessness requirement in relation to the act or omission that is impugned. However, there is rarely any requirement that the accused know the legal status or description of his or her behaviour. This is not part of the rules of our criminal law and, in my view, is not required under international law. It would be strange if it were. For as counsel for the intervener B'Nai Brith observed, in the case of crimes against humanity, for example, the issue of humaneness would have to be judged in terms of the moral values of the perpetrator of the prohibited act, rather than the moral views of the international community that established the norm.

The Crown's international law expert, Professor Bassiouni, it is true, did at some point in his testimony suggest that an accused must have had knowledge of international law in order to find that he or she has committed a war crime or crime against humanity. While he readily agreed with the Crown that an accused need not know that his or her actions comprised some particular offence under international law, he suggested that the accused would have to have a "general sense" that his or her conduct was illegal under international law. Representative of his somewhat confusing viewpoint is the following exchange with crown counsel:

Q. Does he have to know that his conduct amounts to a war crime or crime against humanity at international law?

A. He doesn't have to know that with the specificity that you're claiming it, and I suppose by my analogy is,

culpabilité pour le motif qu'elle croit qu'elle ne fait rien de mal. Il s'agit de savoir si l'accusé était subjectivement conscient que certaines conséquences résulteraient de ses actes, et non pas s'il croyait que ses actes ou leurs conséquences étaient moraux.

La raison d'être de l'exigence en matière de *mens rea* est qu'il y a absence de sentiment de blâme personnel si la personne n'a pas d'une certaine façon même eu l'intention de commettre l'acte ou l'omission. Pour conclure à l'existence d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité, le juge du procès doit bien sûr considérer l'intention ou l'insouciance normalement requise relativement à l'omission ou à l'acte reproché. Toutefois, on exige rarement que l'accusé connaisse la qualité ou la description légale de son comportement. Les règles de notre droit criminel ne l'exigent pas ni, à mon avis, celles du droit international. Le contraire serait étrange puisque, comme l'avocat de l'intervenante B'Nai Brith l'a remarqué, dans le cas des crimes contre l'humanité, par exemple, il faudrait trancher la question du caractère humain en fonction des valeurs morales de l'auteur de l'acte interdit, et non des opinions morales de l'ensemble des nations qui ont établi la norme.

Il est vrai que, dans son témoignage, l'expert en droit international du ministère public, le professeur Bassiouni, a donné à entendre que l'accusé doit avoir eu une connaissance du droit international pour que l'on puisse conclure qu'il a commis un crime de guerre ou un crime contre l'humanité. Bien qu'il ait volontiers convenu avec le ministère public que l'accusé n'a pas à savoir que ses actes constituent une infraction donnée en droit international, à son avis, l'accusé devrait avoir un «sentiment général» que son comportement était illégal en droit international. L'échange suivant avec le substitut du procureur général démontre bien son opinion quelque peu déroutante:

[TRADUCTION]

Q. Doit-il savoir que ses actes constituent un crime de guerre ou un crime contre l'humanité en droit international?

R. Il n'a pas à le savoir aussi précisément que vous le soutenez. Prenez l'analogie suivante: la personne qui

does a person who commits murder know that the act of murder constitutes murder in the first degree in that time of a statute. So it is the general knowledge that there is a prohibition by law that you're supposed to have, as opposed to a specific knowledge of the specific type of crime that you might be committing.

Q. And so would the victim or the — ignorance of the law is no excuse in the application of international law?

A. Yes, indeed, because it is a general principle of law because it exists in every legal system of the world.

Q. So what is it that a perpetrator must know in order to attract culpability or liability at international law for war crimes or crimes against humanity?

A. Well, the individual must obviously have knowledge of the nature of the acts he is engaging in. He must know that these acts are a violation of the law. He does not have to know the specific label of the violation that he has committed. And he must act with knowledge or intent.

M. Cherif Bassiouni in his later book, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law* (1992), suggests that there should be a "rebuttable presumption" of knowledge of international criminal law. He states, at p. 364:

This rebuttable presumption includes knowledge of the illegality of the act performed, based on the standard of reasonableness. Notwithstanding this standard of reasonableness, an individual may present the defense of ignorance of the law. Thus, this legal standard is not ultimately objective, but subjective.

Given this basic viewpoint, the trial judge was not surprisingly confused as to the *mens rea* requirement.

It is instructive at this point to say something about the utility of the views of learned writers such as Professor Bassiouni in determining the applicable international law. They are extremely useful, of course, in bringing before the Court the various relevant sources of law, and as Lord Alverstone observed in *West Rand Central Gold Mining Co. v. The King*, [1905] 2 K.B. 391, at p. 402, they also render "valuable service in helping to create the opinion by which the range of the consensus of civilized nations is enlarged". But, as he went on

commet un meurtre sait-elle que cet acte constitue un meurtre au premier degré selon la loi en vigueur à cette époque? Vous êtes donc censé avoir une connaissance générale que l'acte est interdit par la loi, par opposition à une connaissance précise des catégories déterminées de crimes que vous commettez peut-être.

Q. Donc, est-ce que la victime ou — l'ignorance de la loi n'est pas une excuse en droit international?

R. Oui, vraiment, car c'est un principe général de droit puisqu'il existe dans tous les systèmes juridiques du monde.

Q. Alors, que doit savoir l'auteur pour être coupable ou responsable en droit international d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité?

R. Eh bien, l'individu doit évidemment connaître la nature des actes qu'il commet. Il doit savoir que ces actes violent la loi. Il n'a pas à savoir le nom précis de la violation qu'il a commise. Et il doit agir en toute connaissance ou intentionnellement.

Dans son ouvrage subséquent, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law* (1992), M. Cherif Bassiouni indique qu'il devrait exister une [TRADUCTION] «présomption réfutable» de connaissance du droit criminel international. Il indique à la p. 364:

[TRADUCTION] Cette présomption réfutable englobe la connaissance de l'illégalité de l'acte commis, fondée sur la norme du caractère raisonnable. Malgré cette norme, une personne peut invoquer en défense l'ignorance de la loi. Cette norme légale n'est donc pas en fin de compte objective, mais plutôt subjective.

Étant donné ce point de vue élémentaire, il n'est guère étonnant que le juge du procès ait mal compris quelle était la *mens rea* requise.

Il est révélateur à cette étape-ci de commenter l'utilité des opinions d'auteurs reconnus comme le professeur Bassiouni dans la détermination du droit international applicable. Les auteurs sont évidemment extrêmement utiles en ce qu'ils présentent au tribunal les diverses sources de droit pertinentes. En outre, comme lord Alverstone l'a fait remarquer dans l'arrêt *West Rand Central Gold Mining Co. c. The King*, [1905] 2 K.B. 391, à la p. 402, ils rendent également [TRADUCTION] «un fier service en aidant à formuler l'opinion par laquelle

to add (at p. 402), "in many instances their pronouncements must be regarded rather as the embodiments of their views as to what ought to be . . . the conduct of nations *inter se*, than the enunciation of a rule or practice as universally approved or assented to [by nation states] as to be fairly termed . . .'law'". In a word, international conventions and the practices adopted and approved as law by authoritative decision makers in the world community, along with the general principles of law recognized by civilized countries are what constitute the principal sources of international law. The pronouncements of learned writers on international law are extremely useful in setting forth what these practices and principles are, but the personal views of learned writers in the field, though useful in developing consensus, are of a subsidiary character in determining what constitutes international law. This approach, which is universally accepted by the international community, is authoritatively set down in Art. 38(1) of the *Statute of the International Court of Justice* which reads:

Article 38

1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

(*a*) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting States;

(*b*) international custom, as evidence of a general practice accepted as law;

(*c*) the general principles of law recognized by civilized nations;

(*d*) subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law. [Emphasis added.]

On an examination of these sources of international law, I am in complete agreement with the dissenting judges in the Court of Appeal that international law does not require such a high mental

le champ du consensus des nations civilisées est élargi». Mais, comme il a ajouté (à la p. 402), [TRADUCTION] «dans nombre de cas, leurs propos doivent être considérés comme l'expression de leurs opinions quant à ce que doit être [. . .] le comportement des nations entre elles plutôt que comme la formulation d'une règle ou d'une pratique si universellement approuvée ou reconnue [par les États] qu'elle puisse être à juste titre considérée comme étant [. . .] le «droit»». Bref, les conventions et les pratiques internationales adoptées et approuvées comme étant le droit par des décideurs qui font autorité dans la communauté mondiale, de même que les principes généraux de droit reconnus par les pays civilisés, offrent les principales sources du droit international. Les propos des auteurs reconnus de droit international sont extrêmement utiles pour énoncer ce que sont ces pratiques et principes, mais leurs opinions personnelles dans le domaine, bien qu'utiles pour tendre vers un consensus, sont de nature auxiliaire dans la détermination de ce qui constitue le droit international. Ce point de vue, universellement accepté par l'ensemble des nations, est énoncé de façon péremptoire au par. 38(1) du *Statut de la Cour internationale de Justice*, qui dispose:

Article 38

1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique:

a) les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige;

b) la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit;

c) les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées;

d) sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. [Je souligne.]

Après avoir examiné ces sources de droit international, je conviens parfaitement avec les juges dissidents de la Cour d'appel que le droit international n'exige pas un élément moral aussi élevé

element as the majority in that court and the trial judge thought necessary. In fact, Bassiouni does not represent the consensus of legal writers. He himself made it clear that the majority view among international law scholars was that there was no requirement of knowledge of the international legal quality of the actions. Clearly, this is not the international law emerging out of the *Charter of the International Military Tribunal*, for which no such knowledge requirement is included. Nor was it considered to be a requirement in the war crimes and crimes against humanity decisions at Nuremberg. And if we turn to the general principles of law recognized by civilized nations, Bassiouni in the passage in the testimony produced above accepted the principle that ignorance of the law is no excuse in that application of international law "because it exists in every legal system of the world".

Indeed, as one goes back through the history of international law, knowledge of international law has never been a requirement for culpability. Traditionally, the western and Christian conception of international law especially in this area can be seen to coincide with the dictates of natural law; under the Roman Law, for example the *jus gentium* which was applied to non-Romans was presumed because it coincided with the *jus naturalis*. In Grotius' theory of international law, which applied to all individuals as well, the dictates of international law followed as dictates of natural reason. Piracy or slavery would be contrary to international law as long as the accused had preyed on ships or traded in slaves, regardless of whether the pirates or slavedealers were aware of how their conduct was classified under international law. In the international realm as much as the domestic, blameworthiness in criminal law does not consist of knowingly snubbing the law, but rather in deliberately engaging in certain types of conduct that international law prohibits.

It is evident from his book that Bassiouni required a knowledge of the legal quality of the

que la majorité de cette cour et le juge du procès l'ont estimé nécessaire. En fait, Bassiouni ne fait pas l'unanimité parmi les auteurs de doctrine. Il a lui-même précisé que, suivant l'opinion majoritaire au sein des experts en droit international, l'accusé n'est pas tenu de connaître la qualité légale de ses actes sur le plan international. Ce n'est certainement pas le droit international qui émerge du *Statut du Tribunal militaire international*, lequel n'exige aucune connaissance de la sorte. On n'a pas non plus considéré qu'il s'agissait d'une exigence dans les décisions de Nuremberg sur les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Et si l'on se reporte aux principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, Bassiouni a, dans l'extrait du témoignage reproduit ci-dessus, accepté le principe que l'ignorance de la loi n'est pas une excuse dans cette application du droit international [TRADUCTION] «puisqu'il existe dans tous les systèmes juridiques du monde».

En fait, si l'on jette un coup d'œil sur l'histoire du droit international, la connaissance du droit international n'a jamais été un prérequis à la culpabilité. Traditionnellement, on peut constater que la conception occidentale et chrétienne du droit international, particulièrement dans ce domaine, correspond aux préceptes du droit naturel; en droit romain, par exemple, le *jus gentium* appliqué aux non-Romains était présumé car il correspondait au *jus naturalis*. Dans la théorie du droit international de Grotius, qui s'appliquait à tous les individus également, les préceptes du droit international se sont imposés à titre de préceptes de la raison naturelle. La piraterie et l'esclavage étaient contraires au droit international dès lors que l'accusé avait attaqué des navires ou fait le commerce d'esclaves, peu importe qu'il sache comment son comportement était classifié en droit international. Tant sur le plan international que sur le plan national, le caractère blâmable en droit criminel ne consiste pas à violer sciemment la loi, mais plutôt à adopter délibérément un comportement que le droit international prohibe.

Il ressort clairement de l'ouvrage de Bassiouni que ce dernier exigeait la connaissance de la qua-

actions because of his concerns about the state of international law prior to World War II. I will more fully address the issue of the alleged retroactivity of the international law below. It suffices at this point to say that this view appears to be based on an impoverished view of the nature and sources of international law. As Bassiouni himself noted in testimony, his view is a minority one. In relation to war crimes, the content of the prohibited actions was incontestably well established. And in relation to crimes against humanity (with which Bassiouni was concerned in his comments above), the more representative view is that these crimes were well established by the customs of international law as evidenced in practice and in a variety of earlier conventions, and their existence was justified, in particular, on the basis of the widespread practice of many national laws, including those of Germany, which criminally sanctioned such conduct. For example, Schwarzenberger, *International Law*, vol. 2, *The Law of Armed Conflict* (1968), at pp. 23-27, emphasizes that the foundation of the Nuremberg decisions on crimes against humanity was the existing prohibitions in civilized nations. For still greater certainty, this alternative (but well established) source for international law is, as noted earlier, specifically referred to in the definition of "crime against humanity" set forth in s. 7(3.76), which alludes to the three alternative sources of international law, conventional international law, customary international law and "the general principles of law recognized by the community of nations".

lité légale des actes en raison de ses préoccupations sur l'état du droit international antérieur à la Seconde Guerre mondiale. J'analyserai plus exhaustivement la question de la présumée rétroactivité du droit international plus loin. Qu'il suffise de dire pour l'instant que cette opinion paraît être fondée sur un point de vue peu informé de la nature et des sources du droit international. Comme Bassiouni lui-même l'a remarqué dans son témoignage, son opinion est minoritaire. Relativement aux crimes de guerre, le contenu des actes prohibés était incontestablement bien établi. Et relativement aux crimes contre l'humanité (auxquels Bassiouni s'intéressait dans ses commentaires reproduits ci-dessus), l'opinion la plus représentative porte que ces crimes ont été bien établis par les coutumes du droit international comme on le constate dans la pratique et dans diverses conventions antérieures, et que leur existence était justifiée, en particulier, sur le fondement de la pratique générale de nombreuses lois internes, dont celles de l'Allemagne, qui ont sanctionné criminellement ce comportement. Par exemple, Schwarzenberger, *International Law*, vol. 2, *The Law of Armed Conflict* (1968), aux pp. 23 à 27, souligne que les décisions de Nuremberg sur les crimes contre l'humanité étaient fondées sur les prohibitions en vigueur dans les nations civilisées. Pour plus de certitude, cette source complémentaire (mais bien établie) de droit international est, je le répète, expressément mentionnée dans la définition de «crime contre l'humanité» énoncée au par. 7(3.76), qui fait mention des trois sources complémentaires de droit international, soit le droit international conventionnel, le droit international coutumier et les «principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations».

To summarize, then, the correct approach, in my view, is that the accused have intended the factual quality of the offence, e.g. that he was shooting a civilian, or that he knew that the conditions in the train were such that harm could occur to occupants. It is not possible to give an exhaustive treatment of which circumstances must have an equivalent knowledge component. Whether there is an equivalent mental element for circumstances will depend on the particular war crime or crime

En résumé, donc, il faut, à mon avis, que l'accusé ait envisagé la qualité factuelle de l'infraction, par exemple, qu'il tirait sur un civil, ou qu'il savait que les conditions à bord du train étaient telles que les occupants pouvaient en souffrir. Il est impossible de traiter exhaustivement des aspects qui doivent comporter un élément de connaissance équivalent. La question de savoir s'il y a un élément moral équivalent relativement aux différents aspects dépendra du crime de guerre ou du crime

against humanity involved. However, in almost all if not every case, I think that our domestic definition of the underlying offence will capture the requisite *mens rea* for the war crime or crime against humanity as well. Thus, the accused need not have known that his act, if it constitutes manslaughter or forcible confinement, amounted to an "inhumane act" either in the legal or moral sense. One who intentionally or knowingly commits manslaughter or kidnapping would have demonstrated the mental culpability required for an inhumane act. The normal *mens rea* for confinement, robbery, manslaughter, or kidnapping, whether it be intention, knowledge, recklessness or wilful blindness, would be adequate. As Egon Schwelb notes in "Crimes Against Humanity" (1946), 23 *Brit. Y.B. Int'l L.* 178, at pp. 196-97, almost all the serious crimes of the municipal law of civilized nations are also in some basic sense culpable offences in the minds of humanity; for a similar view, see Law Reform Commission of Canada, *Our Criminal Law* (1976), at pp. 3, 5 and 7. The additional conditions of the *actus reus* requirement under international law are intended to be used to ascertain whether the factual conditions are such that the international relations concerns of extraterritorial limits do not arise. Since in almost all if not every case the *mens rea* for the war crime or crime against humanity will be captured by the *mens rea* required for the underlying offence that will have to be proved to the jury beyond a reasonable doubt, the trial judge will rarely, if ever, have to make any additional findings in relation to the *mens rea* to satisfy the jurisdiction requirements.

From what I have been able to determine, the issue does not arise in this case, but assuming there may in certain cases be circumstances relating to crimes against humanity and war crimes that involve the individual culpability of an accused that is not captured by the mental element in the underlying offence, I do not think this could lead to any unfairness. It must be remembered that

contre l'humanité donné. Toutefois, dans presque tous les cas, sinon tous, j'estime que la définition de l'infraction sous-jacente de droit interne englobera également la *mens rea* requise pour le crime de guerre ou le crime contre l'humanité. Ainsi, il n'est pas nécessaire que l'accusé ait su que son acte, s'il s'agit d'un homicide involontaire coupable ou d'une séquestration, équivalait à un «acte inhumain» au sens juridique ou moral du terme. Quiconque commet intentionnellement ou sciemment un homicide involontaire coupable ou un enlèvement a démontré la culpabilité morale requise pour un acte inhumain. La *mens rea* normale pour la séquestration, le vol qualifié, l'homicide involontaire coupable ou l'enlèvement suffit, qu'il s'agisse d'intention, de connaissance, d'insouciance ou d'ignorance volontaire. Comme Egon Schwelb le remarque dans «Crimes Against Humanity» (1946), 23 *Brit. Y.B. Int'l L.* 178, aux pp. 196 et 197, presque tous les crimes graves en droit interne des nations civilisées sont également, d'une façon élémentaire, des infractions coupables dans l'esprit de l'humanité; pour un point de vue semblable, voir Commission de réforme du droit du Canada, *Notre droit pénal* (1976), aux pp. 3, 5 et 7. Les conditions additionnelles de l'exigence de l'*actus reus* en droit international sont censées être utilisées pour s'assurer que les conditions factuelles sont telles que les questions de limites extraterritoriales en matière de relations internationales ne se posent pas. Puisque dans presque tous les cas, sinon tous, la *mens rea* pour le crime de guerre ou le crime contre l'humanité sera englobée dans la *mens rea* requise pour l'infraction sous-jacente, dont il faut apporter la preuve au jury hors de tout doute raisonnable, le juge du procès ne devra que rarement, ou jamais, procéder à des constatations supplémentaires concernant la *mens rea* pour répondre aux exigences de compétence.

À partir de ce que j'ai pu déterminer, la question ne se pose pas en l'espèce, mais si l'on tient pour acquis qu'il peut, dans certains cas, y avoir des circonstances ayant trait aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre qui mettent en cause la culpabilité personnelle d'un accusé qui ne serait pas englobée dans l'élément moral de l'infraction sous-jacente, je ne crois pas qu'il puisse en décou-

under s. 7(3.73) of the *Code*, an accused may rely on any "justification, excuse or defence available . . . under international law" as well as under the laws of Canada. If a justification, excuse or defence that would have been available had the accused been charged with the crime under international law rather than the underlying crime, it should be referred to the jury with appropriate instructions whether the issue arises on the evidence presented by the Crown or the accused. The jury would then have to decide the issue, with any reasonable doubt decided in favour of the accused.

For these reasons, I conclude that the trial judge and majority of the Court of Appeal erred in requiring an excessively high *mens rea*, one going beyond the *mens rea* for the underlying offence.

Charter Issues

Up to this point, I have focused on distilling the proper interpretation of s. 7(3.71)-(3.77) of the *Criminal Code*, which I have found to be a jurisdiction-endowing provision, and on defining the precise limits of the trial judge's role in ruling on the preliminary jurisdictional question. I now turn to the constitutional issues raised by the respondent and by the courts below. As I earlier noted, the trial judge and the majority of the Court of Appeal intermixed the interpretative exercise with accommodation of *Charter* concerns. I prefer first to extract the true intention of Parliament in accordance with the ordinary canons of statutory interpretation, and only then to measure that interpretation by constitutional standards. This approach is especially appropriate in the present case since, as I see it, that interpretation does not pose *Charter* difficulties. I shall now set forth the questions raised and my response to them.

Does the Interpretation of Section 7(3.71) of the Criminal Code as a Jurisdictional Section Violate Sections 7 and 11(f) of the Charter, by Taking

ler une injustice. Il faut se rappeler qu'en vertu du par. 7(3.73) du *Code*, un accusé peut se prévaloir «des justifications, excuses ou moyens de défense reconnus [. . .] par [. . .] le droit international» et par le droit canadien. Dans le cas où des justifications, excuses ou moyens de défense auraient pu être invoqués si l'accusé avait été inculpé de l'infraction en vertu du droit international plutôt que de l'infraction sous-jacente, ils devraient être soumis au jury avec des directives appropriées, que la question soit soulevée par la preuve présentée par le ministère public ou par celle de l'accusé. Le jury devrait alors trancher la question en faisant jouer tout doute raisonnable en faveur de l'accusé.

Pour ces motifs, je conclus que le juge du procès et la Cour d'appel à la majorité ont commis une erreur en exigeant une *mens rea* excessivement élevée allant au-delà de ce qui est requis pour l'infraction sous-jacente.

Les questions relatives à la *Charte*

Jusqu'ici, je me suis attaché à dégager l'interprétation juste des par. 7(3.71) à (3.77) du *Code criminel* qui, ai-je conclu, sont des dispositions attributives de compétence, et à définir le cadre précis du rôle du juge du procès lorsqu'il tranche la question préliminaire de la compétence. Je passe maintenant aux questions constitutionnelles soulevées par l'intimé et par les tribunaux de juridiction inférieure. Comme je l'ai remarqué précédemment, le juge du procès et la Cour d'appel à la majorité ont confondu l'activité d'interprétation avec l'adaptation aux préoccupations liées à la *Charte*. Je préfère d'abord dégager l'intention véritable du législateur conformément aux règles ordinaires d'interprétation des lois, et ensuite seulement, évaluer cette interprétation selon les normes constitutionnelles. Cette méthode est toute désignée en l'espèce puisqu'à mon sens, l'interprétation ne pose aucune difficulté au regard de la *Charte*. J'énoncerai maintenant les questions soulevées et mes réponses.

L'interprétation selon laquelle le par. 7(3.71) du Code criminel est un article attributif de compétence viole-t-elle l'art. 7 et l'al. 11f) de la Charte

From the Jury the Determination of War Crime/Crime Against Humanity?

This challenge was not raised by the respondent as a ground of cross-appeal *per se*; rather, it underlies his argument and the majority reasons in the Court of Appeal regarding the proper interpretation of s. 7(3.71)-(3.77). For the respondent, the concern lies more with s. 7 of the *Charter*. He argues that those on trial as a result of s. 7(3.71)-(3.77) are highly stigmatized. Consequently, he argues, unless the accused's guilt of war crimes or of crimes against humanity is found by a jury beyond a reasonable doubt and knowledge and subjective *mens rea* attach to such crimes, the exigencies of fundamental justice would not be met.

This argument reflects a misunderstanding of this Court's jurisprudence on the dictates of fundamental justice respecting *mens rea* for an offence that involves special stigma. In *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, at p. 653, this connection between stigma and necessary *mens rea* was expressed by Lamer J. (as he then was):

> ... there are, though very few in number, certain crimes where, because of the special nature of the stigma attached to a conviction therefor or the available penalties, the principles of fundamental justice require a *mens rea* reflecting the particular nature of that crime.

I observed, at p. 665, that:

> ... because of the stigma attached to a conviction for murder, the principles of fundamental justice require a *mens rea* reflecting the particular nature of that crime, namely one referable to causing death.... It is sufficient to say that the mental element required by s. 213(*d*) of the *Criminal Code* is so remote from the intention specific to murder (which intention is what gives rise to the stigma attached to a conviction for that crime) that a conviction under that paragraph violates fundamental justice.

en retirant au jury la tâche de déterminer s'il s'agit d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité?

L'intimé n'a pas soulevé cette question comme moyen à l'appui du pourvoi incident en soi; elle sous-tend plutôt son argument, de même que les motifs de la majorité de la Cour d'appel sur l'interprétation appropriée des par. 7(3.71) à (3.77). Sa préoccupation porte davantage sur l'art. 7 de la *Charte*. Il soutient que les individus jugés aux termes des par. 7(3.71) à (3.77) sont profondément stigmatisés. En conséquence, soutient-il, les exigences de la justice fondamentale ne seront respectées que si l'accusé est déclaré coupable de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité par un jury convaincu hors de tout doute raisonnable et que si la connaissance et la *mens rea* subjective sont rattachées à ces crimes.

Cet argument dénote une mauvaise compréhension de la jurisprudence de notre Cour sur les préceptes de la justice fondamentale relatifs à la *mens rea* pour une infraction entraînant des stigmates particuliers. Dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, à la p. 653, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a exposé ainsi ce lien entre les stigmates et la *mens rea* requise:

> ... il existe, quoiqu'ils soient très peu nombreux, des crimes pour lesquels, en raison de la nature spéciale des stigmates qui se rattachent à une déclaration de culpabilité de ceux-ci ou des peines qui peuvent être imposées le cas échéant, les principes de justice fondamentale commandent une *mens rea* qui reflète la nature particulière du crime en question.

J'ai remarqué, à la p. 665, que:

> ... en raison des stigmates liés à une déclaration de culpabilité de meurtre, les principes de justice fondamentale exigent une *mens rea* qui reflète la nature particulière de ce crime, savoir une qui se rapporte au fait de causer la mort. [...] Il suffit de dire que l'élément moral requis par l'al. 213*d*) du *Code criminel* est si éloigné de l'intention spécifique de commettre un meurtre (laquelle intention est à l'origine des stigmates liés à une déclaration de culpabilité de ce crime) qu'une déclaration de culpabilité rendue en vertu de cet alinéa est contraire à la justice fondamentale.

I do not take our reasons in *Vaillancourt*, *supra*, to have dictated a necessary standard of proof or to have required that the jury decide certain matters, in cases of special stigma, in order to accord with the principles of fundamental justice. As I read it, the Court viewed certain offences, which import a high degree of stigma, as demanding a higher degree of *mens rea*, on a substantive level, reflecting the nature of the relevant offence. The debate arises on a substantive, not a procedural plane. The issue is one of finding where, on the objective-to-subjective scale of intent, a particular offence falls. Our assessment of fundamental justice in *Vaillancourt*, *supra*, and in all subsequent cases, did not lead us to conclude that because a special stigma might attach to certain offences, only the jury is to be entrusted with finding *mens rea* and only on a standard of proof beyond a reasonable doubt. I note that in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, this Court has held that a hearing for the "labelling" of a convicted person as a dangerous criminal does not require the determination of dangerousness by a jury, though such a determination clearly carries a serious stigma.

The scheme set up by Parliament in s. 7(3.71)-(3.77) of the *Code* does not deprive the accused of his or her rights in a manner inconsistent with the principles of fundamental justice. The accused cannot be found guilty of the offence with which he or she was charged, i.e., the underlying domestic offence, unless the jury finds the relevant mental element on proof beyond a reasonable doubt, a mental element which, we saw, coincides with that of the war crime or crime against humanity. And if any excuse, justification or defence for the act arises under international law, the accused is entitled to the benefit of any doubt about the matter, including any relevant *mens rea* attached to such excuse, justification or defence.

I would add that any stigma attached to being convicted under war crimes legislation does not

À mon avis, notre Cour n'a pas, dans l'arrêt *Vaillancourt*, précité, imposé une norme de preuve nécessaire, ni exigé que, dans les affaires entraînant des stigmates spéciaux, le jury tranche certaines questions afin que soient respectés les principes de justice fondamentale. Selon mon interprétation, la Cour a considéré que certaines infractions, auxquelles sont liés de profonds stigmates, exigeaient une *mens rea* supérieure, sur le plan du fond, qui reflète la nature de l'infraction en question. Le débat se situe au niveau du fond, et non de la procédure. Il s'agit de déterminer l'endroit où se situe, entre l'objectivité et la subjectivité, l'intention qui sous-tend une infraction donnée. Notre analyse de la justice fondamentale dans l'arrêt *Vaillancourt*, précité, et dans toutes les affaires subséquentes, ne nous a pas amenés à conclure, simplement parce qu'un stigmate particulier peut se rattacher à certaines infractions, que la conclusion sur la *mens rea* doit être confiée exclusivement au jury et seulement en conformité avec une norme de preuve hors de tout doute raisonnable. Je remarque que, dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, notre Cour a déterminé que, lors d'une audience visant à «étiqueter» comme criminel dangereux une personne reconnue coupable, il n'incombe pas au jury de déterminer la dangerosité, bien qu'une détermination de ce genre entraîne manifestement un stigmate.

Le régime créé par le législateur aux par. 7(3.71) à (3.77) du *Code* ne prive pas l'accusé de ses droits d'une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale. L'accusé ne peut être déclaré coupable de l'infraction reprochée (l'infraction sous-jacente de droit interne) que si le jury conclut que l'élément moral pertinent a été établi hors de tout doute raisonnable. Cet élément moral, nous l'avons vu, coïncide avec celui du crime de guerre ou du crime contre l'humanité. Si des excuses, justifications ou moyens de défense peuvent être invoqués en vertu du droit international, l'accusé a droit au bénéfice du doute sur la question, y compris la *mens rea* liée à ces excuses, justifications et moyens de défense.

J'ajouterais que le stigmate découlant d'une déclaration de culpabilité sous le régime d'une loi

come from the nature of the offence, but more from the surrounding circumstances of most war crimes. Often it is a question of the scale of the acts in terms of numbers, but that is reflected in the domestic offence; for example, a charge of the kidnapping or manslaughter of a hundred people in the domestic context itself raises a stigma because of the scale, but one that s. 7 is not concerned about. Similarly, the jurisprudence does not allow for stigma that may also result from being convicted of an offence in which the surrounding circumstances are legally irrelevant but public disapproval strong. Thus one convicted of a planned and deliberate murder can face additional stigma because his or her actions were particularly repulsive or violent, but our system does not make any additional allowance for that.

A separate but related concern is that reflected in the Court of Appeal majority's interpretation of s. 7(3.71). The majority looked to the *Charter* right of trial by jury, found in s. 11(*f*), to reinforce its other justifications for reading s. 7(3.71) as creating the offences of war crime and crime against humanity. The majority observed that the function of the jury is strongly rooted in determining the guilt or innocence of the accused. In its view, the determination of whether the accused's conduct amounts to a war crime or crime against humanity involves a question of culpability and thus must be entrusted to the jury. At page 111 of its reasons, the majority explained:

> There can be no doubt that the allegations that Finta committed war crimes and crimes against humanity go to his culpability. Without these allegations Canada has no interest in and no justification for bringing Finta before a Canadian criminal court to answer for his conduct. The moral claim that Canada has against those who have committed the offences referred to in s. 7(3.71) outside Canada comes not from the mere alleged violation of Canadian domestic criminal law but from the additional allegation that the violation reached the dimension and status of a war crime or a crime against

sur les crimes de guerre ne résulte pas de la nature de l'infraction, mais plutôt des circonstances qui entourent la plupart des crimes de guerre. Il s'agit souvent d'une question d'échelle, en termes numériques, des actes en cause. Cet aspect se reflète toutefois dans l'infraction de droit interne; ainsi, l'accusation d'enlèvement ou d'homicide involontaire coupable de cent personnes en droit interne entraîne en soi un stigmate en raison de l'ampleur de l'infraction, mais ce stigmate n'a toutefois rien à voir avec l'art. 7. De même, la jurisprudence ne tient pas compte du fait qu'un stigmate se rattache à la déclaration de culpabilité pour une infraction dont les circonstances ne sont pas pertinentes sur le plan juridique, mais à l'égard desquelles la désapprobation du public est grande. Ainsi, l'individu déclaré coupable d'un meurtre commis avec préméditation et de propos délibéré peut faire face à d'autres stigmates du fait que ses actes étaient particulièrement répulsifs et violents, mais notre régime n'en tient aucun compte.

L'interprétation du par. 7(3.71) par la Cour d'appel à la majorité traduit une préoccupation distincte, quoique reliée. La cour a examiné le droit, garanti par l'al. 11*f*) de la *Charte*, à un procès par jury pour étayer les autres motifs qui l'amènent à interpréter le par. 7(3.71) comme créant les infractions de crime de guerre et de crime contre l'humanité. La majorité a remarqué que la fonction du jury est solidement enracinée dans la détermination de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé. À son avis, la question de savoir si le comportement de l'accusé équivaut à un crime de guerre ou à un crime contre l'humanité ressortit à la culpabilité et doit donc être confiée au jury. À la p. 111 de ses motifs, la majorité a expliqué:

> [TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que les allégations que Finta a commis des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité concernent sa culpabilité. Sans ces allégations, le Canada n'a aucun intérêt à traduire Finta en justice devant une cour criminelle canadienne pour qu'il réponde de ses actes et n'est pas justifié de le faire. Le droit moral que le Canada peut faire valoir contre les personnes qui ont commis à l'étranger les infractions prévues au par. 7(3.71) ne naît pas de la seule allégation de violation du droit criminel canadien, mais de l'allégation supplémentaire que la violation a atteint la

humanity. Canada's international obligation to prosecute such offences rests on the same foundation.

The question, in the eyes of the Court of Appeal, thus was properly left to the jury.

In my view, Canada always has an interest, or a moral claim, in bringing those who commit acts that it regards as offensive behaviour to justice. Conduct is not viewed as any less culpable merely because it is committed abroad; murder of anybody anywhere is something we find abhorrent. This is reflected, as I earlier noted, in our laws of immigration and extradition. However, because of Canada's respect for the underlying premises of international relations, i.e., comity and respect for the sovereignty of independent states, a self-imposed limit is placed on its ability to prosecute these culpable acts when committed outside its territory. As part of our respect for sovereignty and part of our confidence in the standards of other nations, we would normally expect that other nations would punish the culpable conduct. Such a limit is also justified on the basis of efficacy of prosecution; it is usually more efficient and effective to prosecute in the place where the criminal act actually occurred. Nevertheless, we should never forget that, throughout, in our view, this conduct constitutes culpable conduct in violation of our legal standards. This perspective is reflected in s. 6 of the *Code*, explored above. The general principle embodied therein does not strip extraterritorially committed offences of their culpability in Canadian eyes; rather, the ability to convict or to discharge is removed.

The concern towards which the jurisdictional portion of s. 7(3.71) is directed is, rather, the determination of the appropriate court to hear the case. Put another way, the inquiry goes to assessing whether Canadian courts are able to convict or discharge the perpetrator of the relevant conduct. The international community agreed, presumably because of the general revulsion for these types of

dimension et la qualité de crime de guerre ou de crime contre l'humanité. L'obligation internationale du Canada d'engager des poursuites relativement à de telles infractions repose sur le même fondement.

De l'avis de la Cour d'appel, la question a donc à juste titre été soumise à l'appréciation du jury.

À mon avis, le Canada a toujours un intérêt, ou un droit moral, à traduire en justice ceux qui commettent des actes qu'il juge choquants. Le comportement n'est pas considéré comme moins coupable du seul fait qu'il est commis à l'étranger; peu importe sa victime et l'endroit où il est commis, le meurtre nous apparaît répugnant. Ce sentiment se traduit, comme je l'ai remarqué précédemment, dans nos lois sur l'immigration et l'extradition. Toutefois, puisque le Canada respecte les prémisses fondamentales sur lesquelles reposent les relations internationales (la courtoisie et le respect de la souveraineté des États indépendants), il a lui-même imposé une limite à sa capacité d'intenter des poursuites à l'égard de ces actes coupables lorsqu'ils sont commis à l'extérieur de son territoire. Compte tenu de notre respect pour la souveraineté et de notre confiance envers les normes des autres nations, nous attendons généralement de ces dernières qu'elles punissent le comportement coupable. Une telle limite se justifie également au nom de l'efficacité de la poursuite; il est en général plus efficace d'engager des poursuites là où l'acte criminel a effectivement été commis. Nous ne saurions cependant oublier qu'à notre avis, ce comportement est toujours coupable et viole nos normes juridiques. C'est ce qu'exprime l'art. 6 du *Code*, analysé ci-dessus. Le principe général qui y est énoncé ne dépouille pas les infractions commises à l'étranger de leur culpabilité aux yeux des Canadiens; il retire plutôt le pouvoir de condamner ou d'exonérer.

La partie du par. 7(3.71) qui traite de compétence concerne plutôt la détermination du tribunal approprié pour entendre l'affaire. En d'autres termes, l'analyse vise à déterminer si les tribunaux canadiens sont habilités à condamner ou à exonérer l'auteur du fait en cause. En raison, on le présume, de la répulsion que tous ressentent à l'égard de ce genre d'actes et du fait qu'elle reconnaît la

conduct and their recognition of the need for cooperation because of the difficulty in bringing offenders to justice in the place where they were committed, that war crimes and crimes against humanity presented cases worthy of exception to the general concerns of international law. The preliminary question in s. 7(3.71), whether the relevant conduct constitutes a situation evaluated by the international community to constitute one warranting treatment exceptional to the general precepts of international law, involves an assessment of Canada's international obligations and other questions concerning the interrelationship of nations. The culpability of the acts targeted by this provision, from Canada's perspective, arises from, and will be assessed according to our standards of offensive behaviour as embodied in the *Code*. In the absence of international accord, we would still have found the conduct criminal and culpable, but for other policy reasons, would not have prosecuted in our courts. It is this domestic evaluation of culpability that served as the instigator for Canada's agreement to be bound by international conventions in this area. The decision to give Canadian courts jurisdiction in the case of war crimes and crimes against humanity, as is the case in the other situations of extraterritorial jurisdiction granted in s. 7 of the *Code*, is based not on culpability, but on other often totally unrelated policy considerations. The preliminary question of war crime or crime against humanity is more of a political inquiry than one of culpability. As such, the issue is not one that is viewed as traditionally falling within the province of the jury. Admittedly, the standard used to determine whether these exceptional cases are present is one of international "crimes". However, this does not take away from the fact that the considerations underlying this determination will involve questions of international obligations, with which the trial judge is better equipped to deal.

In my view, this situation is similar to that on which I commented on in *Libman v. The Queen*,

nécessité de coopérer puisqu'il est difficile de traduire en justice les auteurs des infractions au lieu où elles ont été commises, la communauté internationale a convenu que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité présentaient des cas justifiant une exception aux considérations générales du droit international. La question préliminaire que pose le par. 7(3.71), soit celle de savoir si la conduite visée est un cas qui, selon la communauté internationale, justifie un traitement d'exception par rapport aux préceptes généraux du droit international, comporte l'analyse des obligations internationales du Canada et d'autres questions concernant les relations entre nations. Du point de vue du Canada, la culpabilité à l'égard des actes visés par cette disposition résulte de ce qui est considéré comme un comportement répréhensible en vertu des normes canadiennes exprimées dans le *Code*, et doit être évaluée en conséquence. En l'absence d'une convention internationale, nous aurions tout de même conclu que la conduite était criminelle et coupable mais, pour d'autres raisons de principe, nous n'aurions pas engagé de poursuites devant nos tribunaux. C'est cette conception interne de la culpabilité qui a amené le Canada à s'obliger par les conventions internationales dans ce domaine. La décision de conférer aux tribunaux canadiens la compétence en matière de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, comme c'est le cas dans les autres situations où la compétence extraterritoriale est conférée à l'art. 7 du *Code*, est fondée non pas sur la culpabilité, mais sur d'autres considérations de principe souvent tout à fait distinctes. La question préliminaire, en ce qui concerne les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, est plus une question politique qu'une question de culpabilité et, pour cette raison, ne relève traditionnellement pas de la compétence d'un jury. Certes, la norme qui permet de déterminer s'il s'agit d'un cas exceptionnel est celle relative aux «crimes» internationaux. Cela ne change toutefois rien au fait que les considérations qui sous-tendent cette détermination font intervenir des questions d'obligations internationales, que le juge du procès est plus en mesure de trancher.

À mon avis, cette situation s'apparente à celle que j'ai commentée dans l'arrêt *Libman c. La*

[1985] 2 S.C.R. 178, a case concerning Canadian criminal jurisdiction. I there noted that the concerns of international comity normally called for restraint in the extraterritorial application of Canadian criminal law. But I added that, in the context there, the dictates of international comity were not offended because there was a substantial Canadian element in the criminal activities involved. Moreover, I noted that our respect for the interest of other states was in fact served by assisting in the prosecution of offences having a transnational impact on other states. In an increasingly interdependent world, I observed (at p. 214), "we are all our brother's keepers" — we are all responsible for the welfare of those in other societies. Nowhere can our international responsibility be more at stake than in the situation of war crimes and crimes against humanity. The international community has not only stated that it does not object to our exercising jurisdiction in this field; it actively encourages the prosecution of those whose criminal conduct also constitutes war crimes or crimes against humanity. From the sheer viewpoint of our moral responsibility, I fail to see any injustice in prosecuting these crimes in accordance with our normal criminal procedures.

Reine, [1985] 2 R.C.S. 178, qui traitait de la compétence du Canada en matière criminelle. J'y ai signalé que les questions de courtoisie internationale commandent normalement une application extraterritoriale restreinte du droit criminel canadien. J'ai cependant ajouté que, dans le contexte de cette affaire, il n'y avait pas eu atteinte aux impératifs de la courtoisie internationale puisqu'une partie importante des activités criminelles en question s'était déroulée au Canada. En outre, j'ai fait remarquer que notre respect des intérêts des autres États est en fait servi par l'aide à la poursuite à l'égard d'infractions ayant un incidence transnationale. Dans un monde de plus en plus interdépendant, ai-je fait remarquer (à la p. 214), «chacun est le gardien de son frère» — nous devons tous veiller au bien-être des membres des autres sociétés. Notre responsabilité internationale ne peut jamais être plus en jeu que dans les cas de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Non seulement la communauté internationale a déclaré qu'elle ne s'opposait pas à ce que nous exercions notre compétence dans ce domaine, mais elle encourage activement les poursuites contre les personnes dont la conduite criminelle constitue aussi des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité. Du pur point de vue de notre responsabilité morale, je ne vois aucune injustice à engager des poursuites à l'égard de ces crimes conformément à nos procédures normales en matière criminelle.

When one considers the technical nature of the actual factual findings that must be made by the trial judge on the preliminary jurisdictional question, as well as the complicated nature of the international law with which he or she must grapple, it is apparent that the assignment of this determination to the trial judge is just and well-designed. As noted earlier, the factual issues involve matters specific to war, state policy and the classification of groups or individuals. In the case of a specific war crime, the trial judge would be confronted with questions of circumstances, such as whether the actions occurred during a state of war, as well as of definition of the objects of the relevant conduct, such as whether the victims were enemy soldiers, surrendered prisoners or civilians. Where a crime against humanity is alleged, the trial

Compte tenu de la nature technique des conclusions de fait que le juge du procès doit tirer sur la question préliminaire de la compétence, ainsi que de la nature complexe du droit international qu'il lui faut saisir, il est juste et adéquat que cette tâche lui soit attribuée. Comme je l'ai remarqué précédemment, les questions factuelles soulèvent des questions spécifiques à la guerre, à la politique d'État et à la classification de groupes ou d'individus. Dans le cas d'un crime de guerre donné, le juge du procès devra faire face à des questions de circonstances, comme celle de savoir si les actes ont été commis pendant la guerre, et à des questions de définition des objets visés par le comportement en cause, comme celle de savoir si les victimes étaient des soldats ennemis, des prisonniers s'étant livrés ou des civils. Lorsqu'il est allégué

judge's findings would have to include such issues as whether the impugned conduct was the practical execution of state policy and whether the conduct targeted a civilian population or other identifiable group of persons. The technical nature of these inquiries, unrelated as they are to matters of culpability, do not form part of the special capacity of the jury. This leads me to conclude that it is not unfair or contrary to our philosophy of trial by jury to entrust these issues to the trial judge rather than the jury.

Moreover, even among the authorities, much confusion exists as to the distillation of the contents of international law. No clear articulation of the physical and mental elements of the international offences of war crimes and crimes against humanity and their defences is found among scholars in this area. This confusion is understandable and unavoidable in our system of international law among sovereign nations. Although some aspects of these offences are delineated in conventions, this is not the case for all; another important source of international law is custom. To establish custom, an extensive survey of the practices of nations is required. Moreover, in the case of crimes against humanity, the *Criminal Code* definition is informed by the general principles of law recognized by the community of nations. As L. C. Green remarks, "Canadian Law, War Crimes and Crimes Against Humanity" (1988), 59 *Brit. Y.B. Int'l L.* 217, at p. 226:

> ... a major problem would arise in seeking to ascertain just what is meant by the 'general principles of law recognized by the community of nations'.... The difficulty lies in determining what are 'general principles of law' and what percentage of the world's States constitutes a sufficient proportion to be considered 'the community of nations'. Does this collection have to include every major power or be representative of all the leading legal systems of the world?

It is, of course, not an answer to this complicated task to say that the contents of international offences are too difficult to distill and, therefore,

qu'un crime contre l'humanité a été commis, les conclusions du juge du procès devront inclure des questions comme celle de savoir si le comportement reproché était l'exécution pratique d'une politique d'État et si le comportement visait une population civile ou un groupe identifiable de personnes. Le caractère technique de ces questions, qui ne sont pas liées aux questions de culpabilité, n'entre pas dans les attributions spéciales du jury. Ceci m'amène à conclure qu'il n'est pas inéquitable ni contraire à notre conception du procès par jury de confier la détermination de ces questions au juge du procès plutôt qu'au jury.

Par ailleurs, une grande confusion règne même dans la doctrine quant à la délimitation du contenu du droit international. Aucun expert dans ce domaine ne formule précisément les éléments physiques et moraux des infractions de crime de guerre et de crime contre l'humanité en droit international et leurs moyens de défense. Cette confusion est compréhensible et inévitable dans notre régime de droit international appliqué par des nations souveraines. Bien que certains aspects de ces infractions soient précisés dans des conventions, il n'en est pas toujours ainsi; la coutume est une autre source importante du droit international. Pour déterminer la coutume, il faut étudier de façon approfondie les pratiques des nations. En outre, la définition de crime contre l'humanité du *Code criminel* est nourrie par les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations. Comme L. C. Green le remarque dans «Canadian Law, War Crimes and Crimes Against Humanity» (1988), 59 *Brit. Y.B. Int'l L.* 217, à la p. 226:

> [TRADUCTION] ... il serait extrêmement difficile de tenter de définir exactement ce que signifient les «principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations». [...] La difficulté tient à la détermination de ce que sont les «principes généraux de droit», et du pourcentage des États du monde qui forment une proportion suffisante pour que l'on puisse parler de «l'ensemble des nations». Ce groupe doit-il inclure toutes les grandes puissances, ou doit-il être représentatif de tous les principaux régimes juridiques du monde?

Ce n'est évidemment pas répondre à cette question complexe que de dire que le contenu des infractions internationales est trop difficile à déga-

that the accused cannot be found guilty; the confusion is the reality of the international law which Canada has obliged itself to observe and apply. This abandonment of international obligation, however, is likely to occur where the jury is called upon to determine the contents of the international offences. The necessary confusion could mislead the jury into believing that international norms are not really law and opens the door to manipulative lawyering. The questions of pinpointing international law, therefore, are best left in the hands of the trial judge whose training better equips him or her for the task. Not only is the judge better trained than the jury in evaluating international law, but, in fact, his or her interpretation of international law bears some force internationally (see Art. 38 of the *Statute of the International Court of Justice*). Again, the inquiries required are not of a kind immediately related to the accused's culpability for the domestic offence; rather, they are more legal and technical. There can, in my view, be no doubt that justice is better served by leaving the question of international law to the trial judge. I can perhaps make the point that the process bears some similarity to that of determining the content and application of common law, except that the latter, fluid and moveable as it may be, is far more precise.

ger et que, par conséquent, l'accusé ne peut être déclaré coupable; la confusion est la réalité du droit international, que le Canada s'est obligé à observer et à appliquer. L'obligation internationale est toutefois susceptible d'être délaissée lorsque le jury est appelé à déterminer le contenu des infractions en droit international. Cette inévitable confusion risque d'amener le jury à croire que les normes internationales ne forment pas réellement le droit et ouvre la porte à une pratique manipulatrice du droit. Il est donc préférable de laisser la délimitation précise du droit international entre les mains du juge du procès, dont la formation le prépare mieux à s'attaquer à la tâche. En effet, non seulement le juge a une meilleure formation que le jury pour analyser le droit international, mais, en fait, son interprétation du droit international revêt une certaine autorité au niveau international (voir l'art. 38 du *Statut de la Cour internationale de Justice*). Encore une fois, les questions qui se posent ne sont pas étroitement liées à la culpabilité de l'accusé à l'égard de l'infraction de droit interne; elles sont plutôt juridiques et techniques. À mon avis il ne fait aucun doute que la justice est mieux servie si on laisse au juge du procès le soin de trancher la question du droit international. Peut-être convient-il de préciser que le processus ressemble quelque peu à celui qui consiste à déterminer le contenu et l'application de la common law, si ce n'est que cette dernière, quelque fluide et mouvante qu'elle puisse être, est beaucoup plus précise.

The approach taken in the courts below leads to the following incongruous result. War crimes and crimes against humanity were viewed as so heinous as to require a procedure so unmanageable as to make successful prosecution unlikely. This is certainly not called for by the *Charter*. From *R. v. Lyons*, *supra*, onwards, this Court has repeatedly reiterated that s. 7 requires a fair procedure, not the procedure most favourable to the accused that can be imagined, and that fairness requires a proper consideration of the public interest (at p. 362). And here the public interest is no less than Canada's obligation as a responsible member of the world community to bring to justice those in our midst who have committed acts constituting war crimes

Le point de vue adopté par les tribunaux de juridiction inférieure entraîne le résultat incongru suivant. Les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité ont été considérés comme étant haineux au point qu'ils requéraient une procédure si difficile à appliquer qu'il était peu probable que la poursuite réussisse. Ce n'est sûrement pas ce que prescrit la *Charte*. Depuis l'arrêt *R. c. Lyons*, précité, notre Cour a à maintes reprises réitéré d'une part, que l'art. 7 commande une procédure équitable, et non pas la procédure la plus favorable à l'accusé que l'on puisse imaginer et, d'autre part, qu'au nom de l'équité, il est nécessaire d'analyser adéquatement l'intérêt public (à la p. 362). Et, en l'espèce, l'intérêt public n'est rien de moins que

and crimes against humanity — an obligation clearly contemplated by the *Charter* (s. 11(*g*)). This procedure, devised by Parliament, is essential to underline the fundamental values shared by Canadians with the world community. It must be workable not only to render justice in relation to the horrors of the past. It must also respond to the ongoing atrocities that daily assault our eyes whenever we turn on the television and that, we all have reason to fear, will continue into the future. And, of course, the procedure, as devised by Parliament, is fair. With appropriate modifications to ensure that Canada is respectful of the jurisdictional limits under the law of nations and the additional defences it provides, it is the same procedure we use to prosecute Canadians for crimes committed in Canada. With one exception required by international law, those accused of war crimes and crimes against humanity are accorded no less. They deserve no more.

l'obligation du Canada, à titre de membre responsable de la communauté internationale, de traduire en justice ceux d'entre nous qui ont commis des actes constituant des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité — une obligation manifestement envisagée par la *Charte* (al. 11*g*)). Conçue par le législateur, cette procédure est essentielle pour souligner les valeurs fondamentales que partagent les Canadiens avec la communauté internationale. Elle ne doit pas uniquement permettre que justice soit faite à l'égard des horreurs du passé. Elle doit également répondre aux atrocités qui nous assaillent chaque jour à la télévision et qui, nous avons tous les motifs de le craindre, se poursuivront. Et, naturellement, la procédure conçue par le législateur est juste. Sous réserve des modifications appropriées pour permettre au Canada de respecter les limites de sa compétence aux termes du droit des nations et des moyens de défenses supplémentaires qu'elle offre, c'est la même procédure que nous utilisons pour poursuivre les Canadiens pour des crimes commis au Canada. Mis à part une exception requise par le droit international, ceux qui sont accusés d'avoir commis des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité n'ont droit à rien de moins, et ils ne méritent rien de plus.

As we have seen, many cogent reasons justify Parliament's choice to entrust to the trial judge the preliminary jurisdictional question of the presence of a war crime or a crime against humanity to be determined on a balance of probabilities. It must be realized, however, that the jury's role in the prosecution remains extensive. As in any other domestic prosecution, the jury is the sole arbitrator of whether both the *actus reus* and the *mens rea* for the offence with which the accused is charged are present and whether any domestic defences are available to the accused. Moreover, in addition to its normal functions, the jury also decides whether any international justification, excuse or defence is available. These determinations are not merely technical findings to supplement the extensive role of the trial judge; on the contrary, they go to the essence of the accused's culpability. The jury alone decides whether the accused is physically

Comme nous l'avons vu, de nombreux motifs convaincants justifient le choix du législateur de confier au juge du procès la question préliminaire de la compétence concernant l'existence d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité qui doit être établie selon la prépondérance des probabilités. Il faut bien comprendre toutefois que le rôle du jury dans la poursuite demeure étendu. Comme dans toute autre poursuite en droit interne, le jury est le seul arbitre pour décider si l'*actus reus* et la *mens rea* de l'infraction reprochée sont tous deux présents et s'il existe des moyens de défense en droit interne. Par ailleurs, outre ses fonctions habituelles, le jury décide également s'il existe des justifications, excuses ou moyens de défense en droit international. Ces décisions ne sont pas de simples conclusions techniques qui complètent le rôle étendu confié au juge du procès; au contraire, elles vont au cœur même de la ques-

and mentally guilty of the offence charged, on proof beyond a reasonable doubt.

The only element removed from the jury's usual scope of considerations in regular domestic prosecutions is the *de facto* law defence (s. 7(3.74)). This constitutes the respondent's second ground of cross-appeal, to which I now turn.

Does Section 7(3.74) of the Criminal Code Violate Section 7 of the Charter by Removing Available Defences?

Section 7(3.74) must be read in conjunction with s. 7(3.73) in understanding the overall scheme of defences permitted by the *Code*. For convenience, I will repeat them:

7. . . .

(3.73) In any proceedings under this Act with respect to an act or omission referred to in subsection (3.71), notwithstanding that the act or omission is an offence under the laws of Canada in force at the time of the act or omission, the accused may, subject to subsection 607(6), rely on any justification, excuse or defence available under the laws of Canada or under international law at that time or at the time of the proceedings.

(3.74) Notwithstanding subsection (3.73) and section 15, a person may be convicted of an offence in respect of an act or omission referred to in subsection (3.71) even if the act or omission is committed in obedience to or in conformity with the law in force at the time and in the place of its commission.

The correct interpretation of these two sections is that they qualify each other. Section 7(3.73) does not in my view contradict s. 7(3.74). Together they indicate that the accused has the benefit of all available international and domestic justifications, excuses or defences. All that is ruled out by the operation of s. 7(3.74) is the simple argument that because a domestic law existed that authorized the conduct, that in itself acts as an excuse. I have indicated earlier that this rule is taken from the international law on the subject, and is founded on the very rationale for the existence of that law; see

tion de la culpabilité de l'accusé. Le jury est seul à décider si l'accusé est physiquement et moralement coupable de l'infraction reprochée selon une preuve hors de tout doute raisonnable.

Le seul élément qui soit retiré du champ habituel des considérations du jury dans les poursuites en droit interne est le moyen de défense fondé sur la loi de facto (par. 7(3.74)). Il s'agit là du second moyen invoqué par l'intimé dans le pourvoi incident, que j'examinerai maintenant.

Le paragraphe 7(3.74) du Code criminel viole-t-il l'art. 7 de la Charte en éliminant des moyens de défense existants?

Pour comprendre le régime général des moyens de défense prévus au *Code*, on doit lire le par. 7(3.74) conjointement avec le par. 7(3.73). Par souci de commodité, je les reproduis ici:

7. . . .

(3.73) Sous réserve du paragraphe 607(6) et bien que le fait visé au paragraphe (3.71) constitue une infraction au droit canadien en son état à l'époque de la perpétration, l'accusé peut, dans le cadre des poursuites intentées sous le régime de la présente loi à l'égard de ce fait, se prévaloir des justifications, excuses ou moyens de défense reconnus à cette époque ou celle du procès par le droit canadien ou le droit international.

(3.74) Par dérogation au paragraphe (3.73) et à l'article 15, une personne peut être déclarée coupable d'une infraction à l'égard d'un fait visé au paragraphe (3.71), même commis en exécution du droit en vigueur à l'époque et au lieu de la perpétration ou en conformité avec ce droit.

La bonne façon d'interpréter ces deux paragraphes est qu'ils doivent être mis en corrélation. À mon avis, le par. 7(3.73) ne contredit pas le par. 7(3.74). Ils signifient ensemble que l'accusé a le bénéfice de tous les moyens de défense, justifications ou excuses existant en droit international et en droit interne. L'application du par. 7(3.74) ne fait qu'éliminer le simple argument selon lequel, puisqu'une loi interne existait, la conduite reprochée était autorisée et donc excusée. J'ai mentionné précédemment que cette règle tire sa source du droit international en la matière et repose sur le fonde-

Principles of the Nuremberg Charter and Judgment, Principle IV, *supra*.

The inclusion of the international justifications, excuses and defences will allow any recognized doctrines peculiar to the international context to be included. An example of a peculiar form of international defence is that of reprisals or the more general doctrine of military necessity; see, for example, W. J. Fenrick, "The Prosecution of War Criminals in Canada" (1989), 12 *Dalhousie L.J.* 256, at pp. 273-74. However, no such international justifications, excuses or defences are claimed here, and none applies.

The two defences put to the jury in this case are ones that exist under our domestic law. They are the peace officer and military orders defences, which are both related to arguments based on authorization or obedience to national law. These defences are not simply based on a claim that there existed a national law under which the accused acted. The rationale for these defences is that a realistic assessment of police or military organizations requires an element of simple obedience; there must be some degree of accommodation to those who are members of such bodies.

At the same time, it is generally recognized that totally unthinking loyalty cannot be a shield for any human being, even a soldier. The Canadian domestic provisions are probably more generous than required under international law. For example, a number of international lawyers have observed that the superior orders defence lacks official recognition under international law; see for example, Yoram Dinstein, *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law* (1965). The *Charter of the International Military Tribunal* and the trials pursued under it did not accept such a defence, except in mitigation of punishment. The defence, however, is part of the military law of many nations. The American military trial of soldiers for the horrendous My Lai massacre during the Vietnam War is a widely known military case where the defence was raised. In my

ment même de l'existence de ce droit; voir *Principes du Statut et de l'arrêt de Nuremberg*, art. IV, *op. cit.*

L'inclusion de justifications, excuses et moyens de défense en droit international permettra que soit inclus tout principe reconnu, propre au contexte international. Le risque de représailles ou le principe plus général de la nécessité militaire offrent un exemple de moyen de défense particulier en droit international; voir notamment W. J. Fenrick, «The Prosecution of War Criminals in Canada» (1989), 12 *Dalhousie L.J.* 256, aux pp. 273 et 274. Toutefois, ces moyens de défense, justifications ou excuses en droit international ne sont pas invoqués dans la présente affaire, et aucun ne s'applique.

Le moyen de défense de l'obéissance aux ordres militaires et celui de l'agent de la paix soumis au jury en l'espèce existent en droit canadien et se rapportent aux arguments fondés sur l'autorisation ou l'obéissance à la loi interne. Ils ne sont pas simplement fondés sur la prétention selon laquelle une loi interne autorisait les accusés à agir. La raison d'être de ces moyens de défense est qu'une analyse réaliste des organisations militaires et policières montre qu'elles exigent un élément d'obéissance pure et simple; il faut donc un certain degré d'adaptation pour les membres de ces organisations.

Par ailleurs, il est généralement reconnu que la loyauté totalement aveugle ne peut abriter aucun être humain, même soldat. Les dispositions canadiennes sont probablement plus généreuses que ce que requiert le droit international. Par exemple, de nombreux avocats en droit international ont remarqué que le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur n'est pas officiellement reconnu en droit international; voir par exemple Yoram Dinstein, *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law* (1965). Dans le *Statut du Tribunal militaire international* et dans les procès intentés sous son régime, on n'a pas reconnu ce moyen de défense, sauf pour atténuer la peine. Il fait toutefois partie du droit militaire de beaucoup de nations. Le procès militaire américain des soldats ayant pris part au terrible massacre de My Lai pendant la guerre

view, the defence is part of our national law, as explained notably in the work of L. C. Green; see, for example, *Superior Orders in National and International Law* (1976). The defence is not simply based on the idea of obedience or authority of *de facto* national law, but rather on a consideration of the individual's responsibilities as part of a military or peace officer unit. For these reasons, such a defence can be considered by the jury, and is not excluded under s. 7(3.74).

Essentially obedience to a superior order would appear to provide a valid defence unless the act is so outrageous as to be manifestly unlawful. Further, in any case, an accused will not be convicted of an act committed pursuant to an order wherein he or she had no moral choice but to obey. The flavour of the defence and the circumstances under which it may apply can perhaps be caught by excerpts from relevant authorities on the matter, many of which are reproduced in L. C. Green, "The Defence of Superior Orders in the Modern Law of Armed Conflict" (1993), 31 *Alta. L. Rev.* 320. I set forth a few of these. Lauterpacht, having referred to British and American manuals of military law, has this to say about it in his revised edition of Oppenheim's *International Law* (6th ed. 1944), vol. 2, at pp. 452-53:

> ... a Court confronted with the plea of superior orders adduced in justification of a war crime is bound to take into consideration the fact that obedience to military orders, not obviously unlawful, is the duty of every member of the armed forces and that the latter cannot, in conditions of war discipline, be expected to weigh scrupulously the legal merits of the order received.... However, ... the question is governed by the major principle that members of the armed forces are bound to obey lawful orders only and that they cannot therefore escape liability if, in obedience to a command, they commit acts which both violate unchallenged rules of warfare and outrage the general sentiment of humanity.

du Viêt-nam est une affaire militaire très connue, où le moyen de défense a été invoqué. À mon avis, ce dernier fait partie de notre droit interne, comme l'explique remarquablement L. C. Green dans son ouvrage; voir par exemple, *Superior Orders in National and International Law* (1976). Le moyen de défense n'est pas simplement fondé sur l'idée d'obéissance ou d'autorité de la loi de facto du pays, mais plutôt sur la considération des responsabilités de l'individu dans le contexte d'une unité de militaires ou d'agents de la paix. Pour ces motifs, un tel moyen de défense peut être pris en considération par le jury, et n'est pas exclu par le par. 7(3.74).

En substance, l'obéissance à l'ordre d'un supérieur semblerait être une défense valable à moins que l'acte en cause soit tellement choquant qu'il est manifestement illégal. De plus, quoi qu'il en soit, l'accusé ne sera pas déclaré coupable d'un acte commis en raison d'un ordre s'il n'avait d'autre liberté morale que d'obéir. On peut saisir l'essence du moyen de défense et des circonstances dans lesquelles il peut s'appliquer dans certains passages de doctrine pertinente, dont beaucoup sont reproduits dans L. C. Green, «The Defence of Superior Orders in the Modern Law of Armed Conflict» (1993), 31 *Alta. L. Rev.* 320. J'en reproduis quelques-uns. Lauterpacht, ayant invoqué des ouvrages britanniques et américains du droit militaire, s'exprime ainsi à ce sujet dans son édition révisée d'*International Law* d'Oppenheim (6e éd. 1944), vol. 2, aux pp. 452 et 453:

> [TRADUCTION] ... le tribunal auquel on soumet la défense d'obéissance aux ordres d'un supérieur pour justifier un crime de guerre doit prendre en considération le fait que les membres des forces armées sont tous tenus d'obéir aux ordres militaires qui ne sont pas manifestement illégaux et qu'on ne peut s'attendre à ce qu'en contexte de discipline de guerre, ils pèsent scrupuleusement le bien-fondé légal de l'ordre reçu. [...] Toutefois, [...] la question est régie par le principe primordial suivant lequel les membres des forces armées sont tenus d'obéir aux seuls ordres légaux, et ils ne peuvent par conséquent esquiver la responsabilité si, dans l'exécution d'un ordre, ils commettent des actes qui violent des règles incontestées de guerre et choquent le sentiment général d'humanité.

That there is nothing unfair in not permitting superior orders as a defence where the act is "manifestly unlawful" is evident when one considers the nature of a manifestly unlawful order as it appears in *Ofer v. Chief Military Prosecutor* (the *Kafr Qassem* case) [Appeal 279-283/58, *Psakim* (Judgments of the District Courts of Israel), vol. 44, at p. 362], cited in appeal before the Military Court of Appeal, *Pal. Y.B. Int'l L.* (1985), vol. 2, p. 69, at p. 108, where the Military Court of Appeal of Israel approved the following judgment:

The identifying mark of a 'manifestly unlawful' order must wave like a black flag above the order given, as a warning saying: 'forbidden'. It is not formal unlawfulness, hidden or half-hidden, not unlawfulness that is detectable only by legal experts, that is the important issue here, but an overt and salient violation of the law, a certain and obvious unlawfulness that stems from the order itself, the criminal character of the order itself or of the acts it demands to be committed, an unlawfulness that pierces the eye and agitates the heart, if the eye be not blind nor the heart closed or corrupt. That is the degree of 'manifest' illegality required in order to annul the soldier's duty to obey and render him criminally responsible for his actions.

In this area, the trial judge did a balanced job in setting out the requirements of the defence. For the peace officer defence he instructed the jury that the Crown must prove beyond a reasonable doubt that: (1) no reasonable person in the position of the accused would honestly (even if mistakenly) believe that he or she had lawful authority; or, (2) any reasonable person in the position of the accused would know that the offence (e.g., confinement) had the factual quality of a crime against humanity or a war crime; or, (3) the accused used unnecessary or excessive force. For the military orders defence, the judge instructed the jury that the Crown had to prove beyond a reasonable doubt that: (1) no reasonable person in the position of the accused would honestly (even if mistakenly) believe that the order was lawful, or, (2) any reasonable person in the position of the accused would know that the confinement had the factual quality of a crime against humanity or a war crime; and, (3) the accused had a moral choice to

Qu'il n'y ait rien d'injuste à ne pas reconnaître la défense de l'obéissance aux ordres d'un supérieur lorsque l'acte est «manifestement illégal» est évident si l'on tient compte de la nature d'un ordre manifestement illégal, tel qu'exposé dans l'affaire *Ofer c. Chief Military Prosecutor* (l'affaire *Kafr Qassem*) [Appel 279-283/58, *Psakim* (Jugements des Cours de district d'Israël), vol. 44, à la p. 362], citée en appel devant le tribunal d'appel militaire, *Pal. Y.B. Int'l L.* (1985), vol. 2, p. 69, à la p. 108, où la Cour d'appel militaire d'Israël a approuvé la déclaration suivante:

[TRADUCTION] Le signe déterminant d'un ordre «manifestement illégal» doit flotter au-dessus de l'ordre donné comme un drapeau noir en guise de mise en garde disant: «interdit». La question importante en l'espèce n'est pas l'illégalité formelle, dissimulée ou à demi dissimulée, ni l'illégalité qui se détecte par les seuls experts juridiques, mais une violation manifeste et frappante de la loi, une illégalité certaine et évidente qui découle de l'ordre lui-même, de la nature criminelle de ce dernier ou des actes qui doivent être commis de ce fait, une illégalité qui transperce et trouble le cœur, si l'œil n'est pas aveugle ni le cœur fermé ou corrompu. Il s'agit là du degré d'illégalité «manifeste» requis pour annuler le devoir d'obéissance du soldat et rendre ce dernier criminellement responsable de ses actes.

Sur ce point, le juge du procès a effectué un travail équilibré en énonçant les conditions d'application du moyen de défense. Quant au moyen de défense de l'agent de la paix, le juge a indiqué au jury que le ministère public doit établir hors de tout doute raisonnable: (1) qu'aucune personne raisonnable placée dans la situation de l'accusé n'aurait sincèrement (même par erreur) cru qu'elle avait le pouvoir légal, ou, (2) que toute personne raisonnable placée dans la situation de l'accusé aurait su que l'infraction (p. ex., la séquestration) avait la qualité factuelle du crime contre l'humanité ou du crime de guerre, ou, (3) que l'accusé a utilisé une force inutile ou excessive. Pour ce qui est du moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres militaires, le juge a dit au jury que le ministère public devait démontrer hors de tout doute raisonnable: (1) qu'aucune personne raisonnable placée dans la situation de l'accusé aurait sincèrement (même par erreur) cru que l'ordre était légal, ou, (2) que toute personne raisonnable pla-

disobey because no reasonable person in the position of the accused would honestly (even if mistakenly) believe on reasonable grounds that he or she would suffer harm equal to or greater than the harm he or she caused. In my view, such limits on these defences give effect to the intent of the s. 7(3.74) exclusion of the claim *simpliciter* of obedience to *de facto* national law.

It must be remembered that "the requirements of fundamental justice are not immutable; rather, they vary according to the context in which they are invoked"; see *Lyons*, *supra*, at p. 361. I would agree with Callaghan A.C.J. at p. 586 that "[t]here is no statutory or common law rule that supports the proposition that all defences are applicable to all offences". In *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, a majority of this Court agreed that the removal of a particular defence does not violate the principles of fundamental justice in s. 7 of the *Charter* even when that defence, drunkenness, arguably concerns the existence of *mens rea*. This is particularly the case where the exculpatory defence would undermine the entire purpose of an offence; for example, the defence of drunkenness cannot be used as a defence to impaired driving because it constitutes the very nature of the offence; see *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865. Less controversially, justifications and excuses are commonly restricted in their application, and there is no suggestion that this violates the principles of fundamental justice. For example, s. 14 of the *Code* prevents the operation of the defence of consent in relation to offences of causing death.

The whole rationale for limits on individual responsibility for war crimes and crimes against humanity is that there are higher responsibilities than simple observance of national law. That a law

cée dans la situation de l'accusé aurait su que la séquestration avait la qualité factuelle du crime contre l'humanité ou du crime de guerre, et, (3) que l'accusé avait la liberté morale de désobéir parce qu'aucune personne raisonnable placée dans sa situation aurait sincèrement (même par erreur) cru, en se fondant sur des motifs raisonnables, qu'elle subirait un préjudice égal ou supérieur à celui causé. À mon sens, les limites ainsi imposées à ces moyens de défense respectent l'esprit du par. 7(3.74), qui consiste à exclure purement et simplement la prétention d'avoir agi en obéissance à la loi de facto du pays.

Il ne faut pas perdre de vue que «les exigences de la justice fondamentale ne sont pas immuables; elles varient selon le contexte dans lequel on les invoque»; voir l'arrêt *Lyons*, précité, à la p. 361. Je serais d'avis, à l'instar du juge en chef adjoint Callaghan, à la p. 586, qu' [TRADUCTION] «[i]l n'existe aucune règle législative ou de common law appuyant la position portant que tous les moyens de défense s'appliquent à toutes les infractions». Dans l'arrêt *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, notre Cour à la majorité a convenu que l'élimination d'un moyen de défense donné ne viole pas les principes de justice fondamentale reconnus à l'art. 7 de la *Charte*, même lorsque l'on peut faire valoir que ce moyen de défense (l'ivresse) concerne l'existence de la *mens rea*. C'est particulièrement le cas lorsque le moyen de défense disculpatoire irait à l'encontre de l'objectif même d'une infraction; par exemple, l'ivresse ne peut être invoquée en défense à une accusation de conduite avec facultés affaiblies puisqu'elle est l'essence même de l'infraction; voir *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865. De façon moins controversée, les justifications et les excuses sont communément restreintes dans leur application, et rien n'indique que cela viole les principes de justice fondamentale. Par exemple, l'art. 14 du *Code* écarte l'application de la défense de consentement à l'égard des infractions consistant à infliger la mort.

Toute la raison d'être des limites à la responsabilité individuelle pour les crimes de guerre ou les crimes contre l'humanité tient à ce qu'il existe des responsabilités plus élevées que la simple observa-

of a country authorizes some sort of clearly inhumane conduct cannot be allowed to be a defence. Indeed, one main concern of both war crimes and especially crimes against humanity relates to state-sponsored or authorized cruelty. To allow the state to authorize and immunize its agents from any responsibility simply by enacting a law authorizing behaviour that is contrary to the principles of international law and the general principles of law observed by all civilized nations is in my view untenable. The basic viewpoint of a country such as Canada that recognizes that the standards of international law are part of our domestic law cannot allow for other states simply to deny or violate observation of the standards of international law by the enactment of contrary domestic laws.

Before turning to the remaining *Charter* issues raised in the cross-appeal, I should say that I largely accept the reasoning of both Callaghan A.C.J. and the Court of Appeal judges as more than adequate to dispose of these remaining issues, but I would make some additional observations. The reasons I have just given in no way detract from the findings of Callaghan A.C.J., accepted by the unanimous Court of Appeal, regarding the four remaining *Charter* issues on the cross-appeal.

Do the War Crime Provisions Violate Sections 7 and 11(g) of the Charter Because They Are Retroactive?

On its face, the jurisdiction provision, s. 7(3.71), specifically requires that the impugned conduct be illegal under both the Canadian law and the international law at the time. The simplest answer to this *Charter* argument is again that the accused is not being charged or punished for an international offence, but a Canadian criminal offence that was in the *Criminal Code* when it occurred. Nevertheless, the accused argues that the international law in this area was both retroactive and vague. This argument is in my view based on a shallow under-

tion du droit interne. Le fait qu'une loi d'un pays autorise quelque conduite clairement inhumaine ne peut être accepté comme moyen de défense. En fait, la cruauté encouragée ou autorisée par l'État constitue l'un des principaux problèmes reliés aux crimes de guerre et particulièrement aux crimes contre l'humanité. Permettre à l'État d'autoriser ses représentants et de les exonérer de toute responsabilité par la simple adoption d'une loi autorisant un comportement contraire aux principes du droit international et aux principes généraux de droit reconnus par toutes les nations civilisées est à mon avis insoutenable. Le point de vue fondamental d'un pays comme le Canada, qui reconnaît que les normes du droit international font partie du droit interne, ne peut admettre que d'autres États nient simplement ou violent les normes du droit international en adoptant des lois internes contraires.

Avant d'examiner les autres questions relatives à la *Charte* qui sont soulevées dans le pourvoi incident, je devrais dire que j'accepte en grande partie le raisonnement du juge en chef adjoint Callaghan et des juges de la Cour d'appel comme étant plus qu'adéquat pour trancher ces autres questions. J'ajouterai tout de même certains commentaires supplémentaires. Les motifs que je viens de donner n'atténuent en rien les conclusions du juge en chef adjoint Callaghan, acceptées unanimement par la Cour d'appel, sur les quatre autres questions relatives à la *Charte* soulevées dans le pourvoi incident.

Les dispositions relatives au crime de guerre violent-elles l'art. 7 et l'al. 11g) de la Charte pour cause de rétroactivité?

À première vue, le par. 7(3.71), attributif de compétence, requiert expressément que l'acte reproché ait été illégal à la fois en droit canadien et en droit international à l'époque où il a été commis. Il suffit encore une fois, pour répondre à cet argument fondé sur la *Charte*, de dire que l'accusé n'est pas inculpé ni puni à l'égard d'une infraction au droit international, mais d'une infraction criminelle qui était prévue dans le *Code criminel* au moment de sa perpétration. L'accusé fait cependant valoir que le droit international en cette

standing of the nature and contents of international law.

The definitions of "war crime" and "crime against humanity" in s. 7(3.76) requires that the act "at that time and . . . place, constitutes a contravention of customary international law or conventional international law". The definition of "crime against humanity" expressly allows for a third alternative, that the act be "criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations".

The nature of a decentralized international system is such that international law cannot be conveniently codified in some sort of transnational code. Its differing sources may alarm some strict legal positivists, but almost all international lawyers now recognize that such a crude analogy to the requirements of a domestic law system is simplistic; see, for example, Williams and de Mestral, *supra*. The most common sources for international law are in the custom of international state practice and in international conventions. But other sources are also well established. For example, Art. 38(1)(*c*) of the *Statute of the International Court of Justice* provides as a third source, "the general principles of law recognized by civilized nations".

Even on the basis of international convention and customary law, there are many individual documents that signalled the broadening prohibitions against war crimes and crimes against humanity. Particularly with regard to war crimes there were numerous conventions that indicated that there were international rules on the conduct of war and individual responsibility for them. These limits were found in Christian codes of conduct, in rules of chivalry and in the writing of the great international law writers such as Grotius. All of this customary European law was confirmed and developed in a number of treaties and conventions through the 19th and 20th Centuries, for example, in the *Hague Conventions* of 1899 and 1907. This

matière était à la fois rétroactif et imprécis. Cet argument est à mon avis fondé sur une compréhension superficielle de la nature et du contenu du droit international.

Aux termes des définitions de «crime de guerre» et de «crime contre l'humanité» au par. 7(3.76), l'acte doit constituer «à l'époque et dans ce lieu, une transgression du droit international coutumier ou conventionnel». La définition de «crime contre l'humanité» prévoit explicitement une troisième possibilité, savoir que l'acte ait «un caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations».

La nature d'un régime international décentralisé est telle que le droit international ne peut être aisément réuni dans une sorte de code transnational. Ses sources variées risquent d'alarmer certains positivistes rigoureux, mais presque tous les avocats en droit international reconnaissent maintenant la nature simpliste d'une analogie aussi élémentaire avec les exigences d'un régime juridique interne; voir notamment Williams et de Mestral, *op. cit.* Le droit international trouve ses sources les plus courantes dans la coutume internationale telle qu'on la retrouve dans la pratique des États et dans les conventions internationales. Il existe cependant d'autres sources également bien établies. L'alinéa 38(1)*c*) du *Statut de la Cour internationale de Justice* en énumère une troisième, à savoir «les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées».

Même sur le fondement des conventions internationales et du droit coutumier, de nombreux documents distincts indiquaient l'élargissement des interdictions des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Particulièrement à l'égard des crimes de guerre, de nombreuses conventions montraient qu'il existait des règles internationales sur la conduite d'une guerre et une responsabilité individuelle à cet égard. Ces limites étaient prévues dans les codes de conduite chrétiens, dans les règles de la chevalerie et dans les ouvrages des grands auteurs en droit international, comme Grotius. Ce droit européen coutumier a été entièrement confirmé et élaboré dans plusieurs traités et conventions au cours des XIXe et XXe siècles, notam-

impressive list of prohibited forms of conduct in war extended to treatment of non-combatants, innocent civilians and the imprisoned, the sick and the wounded.

As well, one should note that international law continues to maintain that crimes against humanity and war crimes were well established. This remains the official view of both international and national tribunals. As Bassiouni, *supra*, notes, at pp. 534-35:

> ... arguments challenging the legality of the Charter's enunciation of "crimes against humanity" were consistently raised at the Nuremberg and Tokyo trials, the post-Nuremberg prosecutions under CCL [Allied Control Council Law] 10, before the proceedings conducted by the Allies in their occupation zones, and in the special military tribunals set up by the United States in the Far East. Similar claims were also raised in national tribunals, such as in the Eichmann and Barbie trials held, respectively, in Israel and France. They have always been rejected.

Bassiouni himself continued to have concerns about the somewhat uncertain status of crimes against humanity. It is part of his view that an entirely separate international court and a separate and elaborate international code is required. While these are admirable objectives, the absence of such ideal conditions should not be allowed to confuse the issue of whether crimes against humanity were retroactive in 1944 or not. The actions impugned as crimes against humanity had their own solid foundation.

As regards crimes against humanity, I prefer the reasoning of writers such as Schwarzenberger, *supra*, who have emphasized that the strongest source in international law for crimes against humanity was the common domestic prohibitions of civilized nations. The conduct listed under crimes against humanity was of the sort that no modern civilized nation was able to sanction: enslavement, extermination, and other inhumane acts directed at civilian populations or identifiable

ment dans les *Conventions de la Haye* de 1899 et de 1907. Cette liste impressionnante de comportements interdits en temps de guerre couvrait le traitement réservé aux non-combattants, aux civils innocents de même qu'aux prisonniers, malades et blessés.

En outre, il y a lieu de remarquer que le droit international continue d'affirmer que l'existence des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité était bien établie. C'est encore aujourd'hui le point de vue officiel des tribunaux internes ou internationaux. Comme Bassiouni, *op. cit.*, le remarque aux pp. 534 et 535:

> [TRADUCTION] ... des arguments ont été constamment avancés à l'encontre de la légalité des définitions dans le Statut de «crimes contre l'humanité» lors des procès de Nuremberg et de Tokyo, lors des poursuites intentées après Nuremberg en vertu de la [loi nº 10 du Conseil de contrôle allié], dans les instances tenues par les Alliés dans leurs zones d'occupation, et devant les tribunaux militaires spéciaux créés par les États-Unis en Extrême-Orient. Des prétentions semblables ont été avancées devant les tribunaux nationaux, notamment lors des procès d'Eichmann et de Barbie, tenus respectivement en Israël et en France. Elles ont toujours été rejetées.

Bassiouni lui-même a continué à avoir des doutes sur le statut quelque peu incertain des crimes contre l'humanité. Il est d'avis qu'il est nécessaire de créer un tribunal international entièrement distinct de même qu'un code international distinct et exhaustif. S'il s'agit là d'objectifs louables, on ne devrait toutefois pas permettre que l'absence de ces conditions idéales fausse la question de savoir si des crimes contre l'humanité étaient rétroactifs en 1944 ou non. Les actes reprochés à ce titre avaient des assises solides.

En ce qui concerne les crimes contre l'humanité, je préfère le raisonnement d'auteurs comme Schwarzenberger, *op. cit.*, qui ont souligné que la source la plus solide en droit international en matière de crimes contre l'humanité est l'ensemble des interdictions communes de ces crimes dans les pays civilisés. La conduite placée dans la catégorie des crimes contre l'humanité était de celles qu'aucun pays civilisé moderne ne pouvait tolérer; réduction en esclavage, extermination et autres

groups. These types of actions have been so widely banned in societies that they can truly be said to fall to the level of acts that are *mala in se*. Even Bassiouni, *supra*, at p. 168, observes that the "historical evolution demonstrates that what became known as 'crimes against humanity' existed as part of 'general principles of law recognized by civilized nations' long before the Charter's formulation in 1945".

The drafters of our *Charter* realized that those with impoverished views of international law might argue that enforcing the contents of international law could be retroactive. Thus, s. 11(*g*) specifically refers to the permissibility of conviction on the basis of international law or the general principles of law recognized by the community of nations. A review of the drafting history of this provision reveals that one of the factors motivating the terms of the provision was the concern about preventing prosecution of war criminals or those charged with crimes against humanity; see the Deschênes Commission Report, *supra*, at pp. 137-48, especially at pp. 144-46; *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, Issue no. 47 (January 28, 1981), at pp. 47:57-47:59, and Issue no. 41 (January 20, 1981), at p. 41:99.

For these reasons, I think it clear that the *Code* provisions do not violate s. 11(*g*) as being retroactive.

Does Section 7(3.71) Read with Section 7(3.76) Violate Section 7 of the Charter by Reason of Vagueness?

The respondent argues that the legislation in respect of the charges he faces is unconstitutional because it is too vague. This, of course, relates to the generality of the definitions of war crimes and crimes against humanity. Again the simple answer is that the offence with which the accused is charged and for which he will be punished is the

actes inhumains dirigés contre des populations civiles ou des groupes identifiables. Ces formes de conduites ont été si largement interdites dans les sociétés qu'on peut véritablement dire qu'elles tombent dans la catégorie de conduite *mala in se*. Même Bassiouni, *op. cit.*, à la p. 168, remarque que l'[TRADUCTION] «histoire démontre que ce qu'on appelle maintenant un «crime contre l'humanité» faisait partie des «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées» bien avant l'élaboration du Statut en 1945».

Les rédacteurs de notre *Charte* avaient prévu que les tenants de points de vue peu informés sur le droit international pourraient soutenir que l'application du contenu du droit international pourrait être rétroactive. C'est pourquoi l'al. 11*g*) prévoit expressément la possibilité d'une condamnation en vertu du droit international ou des principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations. La revue de l'historique des versions de cette disposition révèle qu'un des facteurs qui a motivé son libellé était le souci d'éliminer toute crainte que soient autrement empêchées des poursuites contre des criminels de guerre ou des personnes accusées de crimes contre l'humanité; voir le Rapport de la Commission Deschênes, *op. cit.*, aux pp. 147 à 158, particulièrement aux pp. 154 à 157; *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, fascicule nº 47 (28 janvier 1981), aux pp. 47:57 à 47:59 et fascicule nº 41 (20 janvier 1981), à la p. 41:99.

Pour ces motifs, j'estime évident que les dispositions du *Code* ne violent pas l'al. 11*g*) pour cause de rétroactivité.

Le paragraphe 7(3.71) pris en corrélation avec le par. 7(3.76) viole-t-il l'art. 7 de la Charte pour cause d'imprécision?

L'intimé soutient que la loi aux termes de laquelle il est accusé est inconstitutionnelle du fait qu'elle est excessivement imprécise. De toute évidence, cet argument concerne le caractère général des définitions de crime de guerre et de crime contre l'humanité. Encore une fois, il suffit de répondre que l'infraction reprochée à l'accusé et pour

domestic offence in the 1927 *Criminal Code*, and it is readily apparent that the cross-appeal is not concerned with arguing that these standard *Code* provisions are unconstitutionally vague.

To the extent that arguments of vagueness apply to the jurisdiction section, as I have outlined earlier, I consider this to be based first of all on a limited view of the nature and content of international law. As Williams and de Mestral, *supra*, at p. 12, note, even though there is no comprehensive codification, international law can nevertheless be determined. Given our common law tradition, we should be used to finding the law in a number of disparate sources. The definition section (s. 7(3.76)) instructs us that a war crime is partly defined under customary or conventional international law, and a crime against humanity, under customary or conventional international law, or under the general principles observed by civilized nations.

As noted earlier, the requirements of international law in 1944 in relation to war crimes are seen to be quite elaborate and detailed. And in relation to crimes against humanity, while somewhat more difficult, the reference to the national laws of most civilized nations at the time would indicate that such conduct would be excluded under the national laws. Finally, as already explained, much of this conduct is illegal under international law because it is considered so obviously morally culpable that it verges on being *malum in se*.

The standard for unconstitutional vagueness has been discussed by this Court in several cases. In *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, Gonthier J., at p. 643, thus summed up the standard of vagueness: "a law will be found unconstitutionally vague if it so lacks in precision as not to give sufficient guidance for legal debate". In *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney*

laquelle il sera puni est l'infraction de droit interne du *Code criminel* de 1927 et il est clair que le pourvoi incident ne vise pas à soutenir que ces dispositions classiques du *Code* sont imprécises au point d'être inconstitutionnelles.

Dans la mesure où les arguments relatifs à l'imprécision visent l'article attributif de compétence, comme je l'ai souligné précédemment, je considère que cet argument repose d'abord sur un point de vue étroit de la nature et du contenu du droit international. Comme Williams et de Mestral, *op. cit.*, note à la p. 12, le remarquent, bien qu'il ne soit pas exhaustivement codifié, le droit international peut néanmoins être déterminé. Compte tenu de notre tradition de common law, nous devrions avoir l'habitude de dégager le droit de différentes sources. La disposition qui donne les définitions (le par. 7(3.76)) prescrit que le crime de guerre est en partie défini par le droit international coutumier ou conventionnel, et le crime contre l'humanité par le droit international coutumier ou conventionnel, ou par les principes généraux reconnus par les nations civilisées.

Comme je l'ai signalé précédemment, les exigences du droit international en 1944 relativement aux crimes de guerre sont perçues comme étant très minutieuses et détaillées. Et en ce qui concerne les crimes contre l'humanité, bien qu'ils soient quelque peu plus difficiles à définir, le renvoi aux lois internes de la plupart des nations civilisées à l'époque indiquerait que ce comportement serait exclu sous le régime des lois internes. Enfin, je le répète, la plus grande partie de ce comportement est illégale aux termes du droit international parce qu'il est considéré comme étant si manifestement coupable sur le plan moral qu'il tend à être *malum in se*.

La norme de l'imprécision inconstitutionnelle a été analysée par notre Cour dans plusieurs affaires. Dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, le juge Gonthier a résumé ainsi la norme de l'imprécision à la p. 643: «une loi sera jugée d'une imprécision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat

General), [1992] 1 S.C.R. 901, McLachlin J. for the majority wrote, at p. 930:

The union cites the principle that there must be no crime or punishment except in accordance with fixed, predetermined law. But the absence of codification does not mean that a law violates this principle. For many centuries, most of our crimes were uncodified and were not viewed as violating this fundamental rule. Nor, conversely, is codification a guarantee that all is made manifest in the *Code*. Definition of elements of codified crimes not infrequently requires recourse to common law concepts: see *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714, where the majority of this Court, *per* Gonthier J., noted the important role the common law continues to play in the criminal law.

In my view, the contents of the customary, conventional and comparative sources provide enough specificity to meet these standards for vagueness.

Did the Pre-Trial Delay Violate Sections 7, 11(b) and 11(d) of the Charter?

The respondent also attempts to argue that the 45-odd years that have elapsed between the alleged commission of the offences and the charging of Mr. Finta constitutes a violation of his *Charter* guarantees. This contention has no merit. This Court has already held that pre-charge delay, at most, may in certain circumstances have an influence on the assessment of whether post-charge delay is unreasonable but of itself is not counted in determining the delay; see *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, at p. 789. More commonly, pre-charge delay is not given any weight in this assessment; see *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594. The *Charter* does not insulate accused persons from prosecution solely on the basis of the time that has elapsed between the commission of the offence and the laying of the charge; see *R. v. L. (W.K.)*, [1991] 1 S.C.R. 1091, at p. 1100. As the respondent does not seem to complain about any post-charge delay, this ground of cross-appeal must be dismissed.

judiciaire». Dans l'arrêt *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901, le juge McLachlin, s'exprimant au nom de la majorité, a écrit à la p. 930:

Le syndicat invoque le principe selon lequel tous les crimes et toutes les sanctions ne peuvent être créés qu'en conformité avec un droit établi et déterminé d'avance. Mais une loi non codifiée ne porte pas nécessairement atteinte à ce principe. Pendant des siècles, la plupart de nos crimes n'étaient pas codifiés et n'étaient pas perçus comme constituant une violation de cette règle fondamentale. Et, réciproquement, une codification n'apporte pas la garantie que tout est prévu dans le *Code*; la détermination de certains éléments de crimes codifiés nécessite fréquemment le recours aux notions de common law: voir l'arrêt *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, dans lequel le juge Gonthier au nom de notre Cour signale le rôle important que la common law continue à jouer en droit criminel.

À mon avis, la teneur des sources coutumières, conventionnelles et comparatives est suffisamment explicite pour satisfaire à cette norme.

Le délai avant procès viole-t-il l'art. 7 et les al. 11b) et 11d) de la Charte?

L'intimé fait également valoir que le délai de quelque 45 ans qui s'est écoulé entre la perpétration alléguée des infractions et son inculpation enfreint ses droits garantis par la *Charte*. Sa prétention n'est pas fondée. Notre Cour a déjà jugé que les délais qui précèdent l'inculpation peuvent, tout au plus, avoir une influence dans certaines circonstances sur l'évaluation du caractère raisonnable du délai qui suit l'inculpation mais ne comptent pas comme tels dans ce dernier; voir *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, à la p. 789. Plus communément, il n'est pas tenu compte du délai antérieur à l'inculpation dans cette évaluation; voir *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594. La *Charte* ne protège pas les accusés contre des poursuites sur le seul fondement du temps qui s'est écoulé entre la perpétration de l'infraction et l'inculpation; voir *R. c. L. (W.K.)*, [1991] 1 R.C.S. 1091, à la p. 1100. Comme l'intimé ne semble pas se plaindre du délai qui a suivi l'inculpation, ce moyen d'appel incident doit être rejeté.

Does Section 7(3.71) Violate Sections 7 and 15 of the Charter by Applying Only to Acts Committed Outside Canada?

This ground assumes that s. 7(3.71) of the *Code* creates the new offences of war crimes and crimes against humanity. As has been discussed above, this provision is a jurisdictional one and creates no new offences. Whether impugned conduct is committed abroad or in Canada, the accused would be charged with the same offence, be it murder, robbery, kidnapping or forcible confinement, as in this case, and subject to the same penalty, if convicted. In fact, any difference in treatment favours the extraterritorial perpetrator of the relevant act or omission. Whereas the local perpetrator can only be convicted upon the jury's finding of both *actus reus* and *mens rea* and that no domestic defence avails, the conviction of the extraterritorial perpetrator requires, in addition to the surmounting of those same hurdles, the jury's rejection of any applicable international justification, excuse or defence and the trial judge's finding that the requirements of war crime or crime against humanity have been met. In this way, the extraterritorial offender actually benefits from double protection as a result of s. 7(3.71).

Conclusion and Disposition

Before concluding I should refer to a further technical question. The indictment alleged two counts each of unlawful confinement, robbery, kidnapping and manslaughter; each of these offences alleged, in separate counts, a war crime or a crime against humanity. From what I have stated earlier, it will be obvious that I agree with Tarnopolsky J.A. that it was unnecessary to charge each of the underlying offences twice, once as constituting a crime against humanity and once as a war crime. To give jurisdiction to Canadian courts, it is sufficient that the act charged constituted a crime

Le paragraphe 7(3.71) viole-t-il les art. 7 et 15 de la Charte pour la raison qu'il s'applique uniquement à des actes commis à l'étranger?

Cet argument suppose que le par. 7(3.71) du *Code* crée les nouvelles infractions de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Comme nous l'avons déjà vu, cette disposition est attributive de compétence et ne crée pas de nouvelles infractions. Que la conduite reprochée ait eu lieu au Canada ou à l'étranger, l'accusé serait inculpé de la même infraction qu'en l'espèce, que ce soit le meurtre, le vol qualifié, l'enlèvement ou la séquestration illégale, et passible de la même peine, s'il était déclaré coupable. En fait, toute différence de traitement est en faveur du délinquant qui commet l'acte à l'étranger. En effet, le délinquant qui commet l'acte au Canada ne peut être déclaré coupable que si le jury conclut que l'*actus reus* et la *mens rea* sont tous deux établis et qu'aucun moyen de défense interne ne s'applique, alors que la déclaration de culpabilité du délinquant qui commet l'acte à l'étranger requiert, outre la nécessité de surmonter les mêmes obstacles, que le jury écarte les justifications, excuses ou moyens de défense qui s'appliquent en droit international, et que le juge du procès conclue que les exigences relatives au crime de guerre ou au crime contre l'humanité ont été respectées. En ce sens, l'auteur de l'acte à l'étranger bénéficie en fait d'une double protection grâce au par. 7(3.71).

Conclusion et dispositif

Avant de conclure, je devrais mentionner une dernière question technique. L'acte d'accusation contenait deux chefs de séquestration illégale, de vol qualifié, d'enlèvement et d'homicide involontaire coupable; chacune de ces infractions alléguant dans des chefs distincts un crime de guerre ou un crime contre l'humanité. Mes propos précédents indiquent clairement que je conviens avec le juge Tarnopolsky qu'il était inutile de porter des accusations à l'égard de chacune des infractions sous-jacentes deux fois, une fois à titre de crime contre l'humanité et une autre à titre de crime de guerre. Pour que les tribunaux canadiens soient compétents, il suffit que l'acte reproché constitue un crime contre l'humanité ou un crime de guerre.

against humanity or a war crime, so there were in essence four counts and not eight as framed.

I would allow the appeal on the basis of the first and second grounds of appeal, set aside the judgment of the trial judge and the Court of Appeal and order a new trial on four counts, one each of unlawful confinement, robbery, kidnapping and manslaughter, each count alternatively constituting a war crime or crime against humanity. I would dismiss the cross-appeal on the *Charter* issues.

The judgment of Gonthier, Cory and Major JJ. was delivered by

CORY J. — How should the section of the *Criminal Code* dealing with war crimes and crimes against humanity be interpreted? That is the fundamental issue to be resolved in this appeal.

I. Historical and Factual Background

Some facts, well known to all must be set out. In September 1939, the Second World War began in Europe. It ended on that continent with the surrender of Germany on May 8, 1945. Canada, as one of the allied powers, was at war with the axis countries (Germany and Italy) during the war. Hungary joined the axis powers in 1940, and was officially in armed conflict with Canada between December 7, 1941 and January 20, 1945.

Throughout the war Germany was led by Adolf Hitler and the National Socialist German Workers' Party (the Nazi Party). The German government pursued a cruel and vicious policy directed against Jewish people. When the war broke out, this same cruel policy was extended to all the areas under German influence and occupation, including Hungary. The implementation of the "final solution" by the German government meant that Jews were deprived of all means of earning an income, of their property, and eventually were deported to camps in eastern Europe, where they provided

Il y avait donc, essentiellement quatre chefs, et non huit, tel qu'on l'a rédigé.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi sur le fondement des deux premiers moyens d'appel, d'infirmer le jugement du juge du procès et de la Cour d'appel et d'ordonner un nouveau procès sur les quatre chefs, soit ceux de séquestration illégale, de vol qualifié, d'enlèvement et d'homicide involontaire coupable, chaque chef constituant soit un crime de guerre, soit un crime contre l'humanité. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi incident à l'égard des questions relatives à la *Charte*.

Version française du jugement des juges Gonthier, Cory et Major rendu par

LE JUGE CORY — Comment doit-on interpréter l'article du *Code criminel* relatif aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité? C'est la question fondamentale que soulève le présent pourvoi.

I. Historique et faits

Il y a lieu d'énoncer certains faits bien connus de tous. En septembre 1939, la Seconde Guerre mondiale éclate en Europe. Le 8 mai 1945, elle y connaît son dénouement avec la capitulation de l'Allemagne. Pendant cette guerre, le Canada, membre des puissances alliées, est en guerre contre les pays de l'Axe (Allemagne et Italie), auxquels se joint en 1940 la Hongrie qui, entre le 7 décembre 1941 et le 20 janvier 1945, est officiellement en conflit armé avec le Canada.

Pendant la guerre, l'Allemagne est dirigée par Adolf Hitler, chef du Parti national-socialiste ouvrier allemand (le parti nazi). Le gouvernement allemand pratique alors une politique cruelle et haineuse à l'endroit des Juifs. Lorsque la guerre éclate, il étend cette politique à toutes les régions qui sont sous influence ou occupation allemande, dont la Hongrie. Par la mise en œuvre de la «solution finale», le gouvernement allemand prive les Juifs de tout moyen de gagner leur vie, les dépossède de leurs biens et les déporte finalement dans des camps établis en Europe de l'Est, où ils effec-

forced labour for the German war effort. In these dreadful camps many were put to death.

In Hungary, between 1941 and 1944 a series of anti-Jewish laws were passed. They culminated in the promulgation of a law containing a formula for the identification of Jews and requiring them to wear the yellow star. The Jews were therefore an identifiable group for the purposes of Hungarian law.

In March 1944, German troops invaded Hungary. The existing government was removed and an even more servile pro-German puppet government was installed. After the invasion, although Hungary appeared to exist as a sovereign state, it was in fact an occupied country. In order to obtain complete control over Hungary's economic and military resources, the German government established a command structure which flowed directly from Heinrich Himmler, the Reichsführer SS and chief of German police, through the German-appointed Higher SS and police leader for Hungary in Budapest, and thence to the various German police and SS units that were stationed throughout the country, and from there to the Royal Hungarian Gendarmerie and the Hungarian police force.

The Royal Hungarian Gendarmerie was an armed paramilitary public security organization. It provided police services in rural areas and acted as a political police force. The German forces occupying Hungary were instructed not to disarm the Gendarmerie as it was in the process of being restructured so that it would be available to the Hungarian Higher SS and the Police Leader. Following the German occupation the new puppet government quickly passed a series of anti-Jewish laws and decrees. A plan for the purging of Jews from Hungary was incorporated in Ministry of Interior Order 6163/44, dated April 7, 1944. This was the infamous Baky Order. It was the only "authority" for the confinement of all Hungarian Jews, the confiscation of their property and their deportation.

tuent des travaux forcés au profit de l'effort de guerre allemand. De nombreuses personnes sont tuées dans ces horribles camps.

Entre 1941 et 1944, la Hongrie adopte un ensemble de lois antisémites qui mènent à la promulgation d'une loi prévoyant une formule d'identification des Juifs et contraignant ces derniers à porter l'étoile jaune. Les Juifs deviennent donc un groupe identifiable pour les fins de la loi hongroise.

En mars 1944, les troupes allemandes envahissent la Hongrie. Le gouvernement alors en place est destitué et remplacé par un gouvernement fantoche pro-allemand encore plus servile. Après l'invasion, bien qu'elle paraisse être un État souverain, la Hongrie est en fait un pays occupé. Pour obtenir la mainmise totale sur les ressources économiques et militaires de la Hongrie, le gouvernement allemand établit un régime hiérarchique à la tête duquel règne Heinrich Himmler, le Reichsführer SS et chef suprême de la Gestapo; vient ensuite le chef supérieur des SS désigné par l'Allemagne et chef de la police hongroise à Budapest, puis diverses polices allemandes et unités SS en garnison partout au pays, et enfin la Gendarmerie royale de la Hongrie et la police hongroise.

La Gendarmerie royale de la Hongrie est un service de sécurité publique paramilitaire armé. Elle assume le rôle de police dans les régions rurales et agit à titre de force policière politique. Les forces allemandes qui occupent la Hongrie reçoivent l'ordre de ne pas désarmer la Gendarmerie puisqu'elle subit alors une restructuration afin d'être mise à la disposition du chef supérieur SS hongrois et du chef de la police. L'occupation allemande est rapidement suivie de l'adoption par le nouveau gouvernement fantoche d'un ensemble de lois et décrets antisémites. Un plan prévoyant l'élimination des Juifs de la Hongrie est intégré dans le décret 6163/44 du ministre de l'Intérieur, daté du 7 avril 1944. Il s'agit de l'ignoble décret de Baky. Lui seul confère le «pouvoir» d'emprisonner tous les Juifs hongrois, de les déporter et de confisquer leurs biens.

It was the Baky Order which provided the master plan for the implementation of the final solution, which was to take place in six phases, namely: Isolation, Expropriation, Ghettoization, Concentration, Entrainment and Deportation. To carry out this plan, Hungary was divided into six zones under the command of the Royal Hungarian Gendarmerie. The City of Szeged was designated as one of seven concentration centres in Zone 4. The Baky Order was addressed to a number of officials, including all Gendarme District Commands, all Commanding Officers of the Gendarme (Detective) Subdivisions and the Central Detective Headquarters of the Royal Hungarian Gendarmerie. It placed responsibility for carrying out the plan on the Royal Hungarian Gendarmerie and certain local police forces.

Shortly after the issuance of the Baky Order the six phases of the final solution were put into effect in Szeged. The Jewish people of the city were rounded up and forced into a fenced-in ghetto. Usually the Jews remained in the ghetto for a couple of weeks. They were then either transferred directly to a brickyard, or first to a sports field and then a few days later to the brickyard. By June 20, 1944, 8,617 Jews had been collected in the brickyard.

The brickyard was filthy, with grossly inadequate sanitary facilities. It consisted of a large open area containing an enormous kiln, a chimney and several buildings used for drying bricks. Jewish men, women and children were crowded together. They slept on the ground in the drying sheds, which had roofs but no walls. The compound was surrounded by a fence and guarded by gendarmes.

Announcements were repeatedly made over the loudspeaker ordering the Jews to surrender their remaining valuables, gold or jewellery. When the Jews were gathered for these announcements, a basket or hamper was presented for the collection of the valuables and the people were told that anyone who failed to comply with the orders would be executed.

C'est dans le décret de Baky qu'est établi le plan directeur sur la mise en œuvre de la solution finale, qui doit se dérouler en six phases: isolation, expropriation, rassemblement dans des ghettos, concentration, embarquement et déportation. Pour mener à bien ce plan, on divise la Hongrie en six zones, qui sont sous l'autorité de la Gendarmerie royale de la Hongrie. La ville de Szeged est désignée comme l'un des sept centres de concentration situés dans la zone 4. Le décret de Baky s'adresse à plusieurs représentants officiels, dont tous les commandements de district de la Gendarmerie et tous les commandants de ses sous-divisions des enquêtes et de ses quartiers généraux d'enquête. Aux termes du décret, la Gendarmerie royale de la Hongrie et certaines forces policières locales sont chargées d'exécuter le plan.

Peu après l'adoption du décret de Baky, les six phases de la solution finale sont mises à exécution à Szeged. Les Juifs de la ville sont rassemblés et enfermés dans un ghetto clôturé, où ils demeurent en général quelques semaines. Ils sont ensuite transférés directement à une briqueterie ou d'abord sur un terrain d'athlétisme puis, quelques jours plus tard, à la briqueterie. Le 20 juin 1944 il y a 8 617 Juifs rassemblés dans la briqueterie.

Celle-ci est infecte, et ses installations sanitaires scandaleusement inadéquates. Elle consiste en une grande aire ouverte où sont disposés un énorme four à briques, une cheminée et plusieurs bâtiments destinés au séchage des briques. Les Juifs, hommes, femmes et enfants, y sont entassés. Ils dorment à même le sol dans les hangars, dotés d'un toit mais sans murs, destinés au séchage. La cour est clôturée et gardée par des gendarmes.

À maintes reprises, par la voie des haut-parleurs, on ordonne aux Juifs de rendre ce qui leur reste de leurs biens de valeur, leur or et leurs bijoux. On les rassemble et, dans un panier ou manne, on collecte leurs biens de valeur en leur disant que quiconque ne respecte pas les ordres sera exécuté.

In the days between June 24 and 30, 1944, the Jews in the brickyard were marched by the gendarmes to the Rokus train station. There they were forced into box cars on three trains which took them from their homes in Hungary to the stark horror of the concentration camps.

Some 70 to 90 Jews together with their luggage were forced into each boxcar. These cars measured roughly eight metres by two metres. There was no artificial lighting in them. The crowding was so intense that most were forced to remain standing throughout the dreadful journey. The doors on the boxcars were padlocked shut. The only openings for air were small windows with grilles located in each of the four upper corners of the boxcar.

Usually the boxcars contained two buckets, one for water and the other for toilet facilities. However, during the journey the toilet buckets quickly overflowed with human excrement. The crowding was so bad that the buckets were inaccessible to many of the prisoners who were forced to relieve themselves where they stood or sat.

As a result of the intolerable conditions in the boxcars, some of the Jews, particularly the elderly, died during the journey. Neither the gendarmes nor the German guards permitted the bodies to be removed prior to the train's reaching its destination. The stench of decaying flesh was added to that of human excrement. Truly, these were nightmare journeys into hell.

Imre Finta was born on September 2, 1912 in the town of Kolozsvar. He studied law at the university in Szeged in the 1930s. In 1935 he enrolled at the Royal Hungarian Military Academy, and on January 1, 1939 was commissioned as a second lieutenant in the Royal Hungarian Gendarmerie. On April 5, 1942, he was promoted to the rank of captain. He was transferred to Szeged as the commander of an investigative unit of the Gendarmerie.

In the post-war confusion Finta left Hungary. In 1947-48, he was tried *in absentia* in the People's

Entre les 24 et 30 juin 1944, les Juifs emprisonnés dans la briqueterie sont amenés à pied par les gendarmes à la gare de Rokus, où ils sont entassés de force dans les wagons de trois trains qui les amènent de la Hongrie à l'horreur absolue des camps de concentration.

Quelque 70 à 90 Juifs, munis de leurs bagages, sont entassés dans chaque wagon, qui mesure approximativement huit mètres sur deux. Aucune lumière artificielle n'y est diffusée. Les wagons sont si bondés que la plupart sont contraints de demeurer debout tout au long du terrible trajet. Les portes des wagons sont cadenassées, et seules de petites fenêtres grillagées situées dans la partie supérieure des quatre coins permettent à l'air de s'infiltrer.

En général, chaque wagon est pourvu de deux seaux, l'un contenant l'eau et l'autre servant de toilette. Toutefois, ce dernier seau déborde rapidement d'excréments humains au cours du voyage. En outre, le wagon est si bondé que beaucoup de prisonniers ne peuvent se rendre jusqu'au seau et sont ainsi forcés de satisfaire leurs besoins naturels là où ils se tiennent assis ou debout.

Les conditions intolérables dans les wagons causent la mort de certains Juifs, particulièrement des personnes âgées. Ni les gendarmes ni les gardiens allemands ne permettent que les corps soient sortis avant que le train ne parvienne à destination. La puanteur des corps en putréfaction s'ajoute à celle des excréments humains. Il s'agit véritablement de voyages cauchemardesques en enfer.

Imre Finta est né le 2 septembre 1912 à Kolozsvar. Il étudie le droit à l'université de Szeged dans les années 1930. En 1935, il s'enrôle dans l'Académie militaire royale de la Hongrie et, le 1er janvier 1939, il est nommé lieutenant en second dans la Gendarmerie royale de la Hongrie. Le 5 avril 1942, il est promu au rang de capitaine, puis transféré à Szeged à titre de commandant de la division des enquêtes de la Gendarmerie.

Dans la confusion qui suit la guerre, Finta quitte la Hongrie. En 1947 et 1948, il est jugé in absentia

Tribunal of Szeged and convicted of "crimes against the people". He was sentenced to five years of forced labour (later commuted to five years' imprisonment), confiscation of property, loss of employment and loss of the right to political participation for ten years. In 1951, Finta emigrated to Canada, and in 1956 became a Canadian citizen.

On January 27, 1958, as a result of a statutory limitation that existed under Hungarian law, the punishment of Finta in that country became statute-barred. In 1970, the Presidential Council of the Hungarian People's Council issued a general amnesty which, by its terms, applied to Finta. In Canada, the trial judge found that the general amnesty did not, either in its own terms or by operation of Hungarian law, constitute a pardon. Further, he found that the Hungarian trial and conviction were nullities under Canadian law. As a result, he concluded that Finta was not entitled to plead *autrefois convict* or pardon.

II. The Evidence

Expert Evidence as to the Validity of the Baky Order

Dr. Revesz testified that the Baky Order was manifestly illegal. He also stated that members of the Gendarmerie were involved in the conduct of criminal investigations. They were thus required to have a thorough training in Hungarian law and procedure. Dr. Revesz concluded that, given a gendarme's knowledge of the law and the decrees published prior to the Baky Order, such an officer would have known that the Baky Order was beyond the prerogative of the Under Secretary of State and contained at least 14 violations of Hungarian law.

The trial judge directed the jury that the Baky Order was unlawful as violating Hungarian law, including a number of principles of the Hungarian Constitution.

par le tribunal du peuple de Szeged et déclaré coupable de «crimes contre le peuple». Il est condamné à une peine de cinq ans de travaux forcés (par la suite commuée en cinq ans d'emprisonnement), ses biens sont confisqués, il perd son emploi et on lui retire son droit à la participation politique pendant dix ans. En 1951, Finta immigre au Canada et, en 1956, il est reçu citoyen canadien.

Le 27 janvier 1958, en application d'une disposition de la loi hongroise en matière de prescription, il est devenu impossible d'imposer une peine à Finta en Hongrie. En 1970, le Conseil présidentiel du Conseil populaire de la Hongrie déclare l'amnistie générale qui, par son libellé, s'applique à Finta. Au Canada, le juge du procès conclut que l'amnistie générale, que ce soit dans son libellé ou par l'application de la loi hongroise, ne constitue pas un pardon. Il déclare en outre que le procès tenu en Hongrie et la déclaration de culpabilité sont nuls selon le droit canadien. Il conclut en conséquence que Finta ne peut invoquer la défense d'autrefois convict ou de pardon.

II. Preuve

Témoignage d'expert sur la validité du décret de Baky

Dans son témoignage, le Dr Revesz a déclaré que le décret de Baky était manifestement illégal. Il a également signalé que les membres de la Gendarmerie, ayant à mener des enquêtes criminelles, avaient dû recevoir une formation exhaustive sur les règles de droit et de procédure hongroises. Puisqu'ils connaissaient la loi et les décrets publiés antérieurement au décret de Baky, les gendarmes devaient savoir, a conclu le Dr Revesz, que ce décret outrepassait la prérogative du sous-secrétaire d'État et contenait au moins 14 violations de la loi hongroise.

Dans ses directives, le juge du procès a signalé au jury que le décret de Baky était illégal car il violait la loi hongroise, de même que certains principes de la Constitution de la Hongrie.

Evidence Pertaining to Finta's Involvement in Events at Szeged

Finta was charged with unlawful confinement, robbery, kidnapping and manslaughter under the *Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36, as amended. There are in effect four pairs of alternate counts. For example, count one describes the forcible confinement of 8,617 Jews as a crime against humanity, whereas count two characterizes that same forceable confinement as a war crime. The indictment alleges that in May and June of 1944 Finta forcibly confined 8,617 Jews in the brickyard at Szeged where he robbed them of their personal effects and valuables. It further alleges that in June 1944 at the Rokus railway station he kidnapped 8,617 Jews and caused the deaths of some of those persons.

The Crown's case depended in large measure on the testimony of 19 witnesses who had been interned in the brickyard and deported on one of the three trains. Some gave *viva voce* evidence before the jury. Others were examined by way of commission evidence taken in Israel and Hungary and their evidence was then presented at trial on videotape. Additionally, the trial judge at the request of the defence, directed that the videotape of commission evidence of two other survivors be placed before the jury.

The evidence of the survivors fell into four general groups. Six witnesses who knew Finta before the events in issue testified as to things said and done by him at the brickyard and at the train station. A second group consisting of three witnesses who did not know Finta beforehand identified him as having said or done certain things at the brickyard and at the station. A third group consisting of three witnesses who did not know Finta beforehand also testified as to things said and done at the brickyard and at the station. However, this last group based their identification of Finta on statements made to them by others. The fourth group, consisting of eight witnesses who did not know Finta beforehand and did

Témoignages sur la participation de Finta aux événements de Szeged

Finta a été accusé de séquestration, vol qualifié, enlèvement et homicide involontaire coupable, en application du *Code criminel*, S.R.C. 1927, ch. 36, modifié. Il s'agit en fait de quatre paires de chefs d'accusation subsidiaires. Par exemple, le premier chef qualifie la séquestration des 8 617 Juifs de crime contre l'humanité, alors que le deuxième chef qualifie la même infraction de crime de guerre. Il est allégué dans l'acte d'accusation qu'en mai et juin 1944, Finta a séquestré 8 617 Juifs dans la briqueterie de Szeged, où il les a dépossédés de leurs effets personnels et de leurs biens de valeur. Il est en outre allégué qu'en juin 1944, à la gare de Rokus, il a enlevé 8 617 Juifs et causé la mort de certains d'entre eux.

La preuve du ministère public reposait en grande partie sur la déposition de 19 témoins qui ont été internés dans la briqueterie et déportés dans l'un des trois trains. Certains ont témoigné de vive voix devant le jury. D'autres ont été interrogés par voie de commission rogatoire en Israël et en Hongrie, et leur témoignage a ensuite été présenté au procès sur bande vidéo. De plus, à la demande de la défense, le juge du procès a ordonné que la bande vidéo des témoignages de deux autres survivants recueillis par commission rogatoire soit présentée au jury.

Les témoignages des survivants se divisaient en quatre groupes généraux. Six témoins qui connaissaient Finta avant les événements en question ont témoigné sur les paroles et les actes de ce dernier à la briqueterie et à la gare. Le deuxième groupe était formé de trois témoins qui ne connaissaient pas Finta auparavant et qui ont pu témoigner que ce dernier avait dit ou fait certaines choses à la briqueterie et à la gare. Le troisième groupe réunissait trois témoins qui ne connaissaient pas Finta avant les événements et qui ont également témoigné sur ce qui a été dit et fait à la briqueterie et à la gare. Toutefois, les témoins de ce dernier groupe n'ont pu identifier Finta qu'en se fondant sur des déclarations que leur avait faites des tiers. Le quatrième groupe, composé de huit témoins qui ne connaissaient pas Finta avant les événements et ne l'ont

not identify him, gave evidence as to events at the brickyard and the train station.

Of the six witnesses who testified that they knew Finta before their imprisonment in the brickyard, four testified that Finta was in charge of the brickyard and one testified that everyone referred to Finta as the commander of the brickyard. Two of these six witnesses testified that Finta made the daily announcements in the brickyard demanding that the prisoners relinquish all their valuables on pain of death. Three of them testified that he supervised the confiscation of the detainees' valuables. Two of them testified that Finta was at the train station supervising the loading of the prisoners into the boxcars.

Among the second group of witnesses, one witness testified that, as Finta was in charge of the brickyard, all the announcements made or commands given in the brickyard were issued by him or on his behalf and that he supervised the confiscations. This witness testified further that Finta commanded the gendarmes when the Jews were escorted from the ghetto to the brickyard and that he supervised their loading by the gendarmes at the train station. Another witness in this group testified that Finta broke the silver handle off her mother's cane and confiscated it.

Several witnesses who identified Finta on the basis of what had been said by others gave testimony to the effect that Finta was in charge of the brickyard and supervised the confiscations. One of these witnesses testified that she saw a person identified to her as Finta give the announcements for the surrender of valuables and that, from her observations, that person was in charge at the railway station. Three other witnesses in this group testified that they were told by others that the person making the announcements, and in one case, the person in charge at the railway station, was Finta. The trial judge instructed the jury that they could not rely on the identification of Finta by these witnesses in so far as it depended on what others had told them as to the identity of the person they believed to be Finta.

pas identifié, a témoigné sur les événements survenus à la briqueterie et à la gare.

Parmi les six témoins qui ont déclaré connaître Finta avant leur séquestration à la briqueterie, quatre ont déposé que Finta dirigeait la briqueterie, et un autre a témoigné que tous considéraient que Finta en était le commandant. Deux de ces six témoins ont déclaré que Finta faisait les annonces quotidiennes à la briqueterie, contraignant les prisonniers à se dessaisir de tous leurs biens de valeur, sous peine de mort. Trois d'entre eux ont témoigné que Finta supervisait la confiscation des biens de valeur des détenus. Deux d'entre eux ont témoigné que Finta était à la gare et supervisait l'embarquement des prisonniers dans les wagons.

Au sein du second groupe de témoins, une personne a témoigné que, Finta étant aux commandes de la briqueterie, les annonces faites ou les ordres donnés provenaient tous de lui ou étaient faits en son nom et qu'il supervisait les confiscations. Ce témoin a en outre déposé que Finta donnait des ordres aux gendarmes qui escortaient les Juifs du ghetto à la briqueterie et qu'il supervisait leur embarquement par les gendarmes à la gare. Un autre témoin faisant partie de ce groupe a déclaré que Finta avait arraché le pommeau d'argent de la canne de sa mère et l'avait confisqué.

Plusieurs témoins ayant identifié Finta d'après ce que des tiers leur avaient dit ont déclaré que Finta était à la tête de la briqueterie et supervisait les confiscations. L'un de ces témoins a déclaré avoir vu une personne qu'on lui avait dit être Finta ordonner aux gens d'abandonner leurs biens de valeur et que, compte tenu de ce qu'elle avait pu observer, cette personne était aux commandes à la gare. Parmi ce groupe, trois autres témoins ont déposé que des tiers leur avaient dit que la personne faisant les annonces et, dans un cas, la personne en autorité à la gare, était Finta. Le juge du procès a dit au jury qu'il ne pouvait pas se fier à l'identification de Finta faite par ces témoins dans la mesure où elle reposait sur ce que des tiers leur avait dit quant à l'identité de la personne qu'ils croyaient être Finta.

The eight witnesses who did not identify Finta described the conditions in the brickyard, the deportation from Szeged and the conditions in the boxcars.

In addition to the evidence of the survivors, the Crown relied on photographs, handwriting and fingerprint evidence to identify Finta as a captain in the Gendarmerie at Szeged at the relevant time.

Expert and documentary evidence was tendered to establish the historical context of the evidence, the relevant command structure in place in Hungary in 1944 and the state of international law in 1944.

III. Decisions Below

Pre-Trial Motions (Callaghan A.C.J.H.C.)

Including pre-trial motions, the trial lasted eight months. On one of these pre-trial motions, Callaghan A.C.J.H.C., as he then was, upheld the constitutional validity of the war crimes provisions in the *Criminal Code*. This decision has now been reported (*R. v. Finta* (1989), 69 O.R. (2d) 557).

Trial (Campbell J. Sitting With a Jury)

At trial, the Crown contended that Finta was the senior officer of the Gendarmerie at the Szeged concentration centre and had effective control over the operation and guarding of the centre, thus committing the acts in question. Alternatively it was said that through his supervisory role, he procured, aided or abetted others who actually performed the acts alleged. Though acknowledging his presence at the time and place of the alleged offences, Finta denied that he was in a position of authority at the brickyard and stated that he was subject at the time to the command of the German SS. He denied responsibility for the alleged offences.

Les huit témoins qui n'ont pas identifié Finta ont décrit les conditions à la briqueterie, la déportation à partir de Szeged et les conditions dans les wagons.

Outre le témoignage des survivants, le ministère public a présenté des photographies et une preuve d'écriture et d'empreintes afin d'identifier Finta comme un capitaine de la Gendarmerie à Szeged à l'époque en question.

On a également soumis une preuve d'expert et une preuve documentaire afin d'établir le contexte historique de la preuve, le régime hiérarchique en place en Hongrie en 1944 et l'état du droit international à ce moment-là.

III. Décisions des juridictions inférieures

Les requêtes préalables au procès (le juge en chef adjoint Callaghan de la Haute Cour)

Le procès, incluant les requêtes préalables, a duré huit mois. Dans le cadre de l'une de ces requêtes, le juge en chef adjoint Callaghan, maintenant juge en chef de la Cour de l'Ontario, a confirmé la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* relatives aux crimes de guerre. Cette décision est maintenant publiée (*R. c. Finta* (1989), 69 O.R. (2d) 557).

Le procès (le juge Campbell siégeant avec jury)

Au procès, le ministère public a soutenu que Finta était l'officier responsable de la Gendarmerie au centre de concentration de Szeged et qu'il dirigeait réellement le fonctionnement et la garde du centre, commettant ainsi les actes en question. Subsidiairement, il a affirmé qu'en raison de son rôle de superviseur, Finta avait aidé ou encouragé les tiers qui ont véritablement commis les actes reprochés. Bien qu'il ait reconnu sa présence à l'époque et au lieu des infractions alléguées, Finta a nié avoir été en position d'autorité à la briqueterie, affirmant qu'il était alors sous les ordres des SS allemands. Il a nié toute responsabilité à l'égard des infractions reprochées.

During the trial, the Crown called 43 witnesses, including 19 eyewitnesses. The trial judge, on behalf of the defence, called the evidence of two eyewitnesses, Ballo and Kemeny. The statement and minutes of a third witness, Dallos, whose testimony was given at Finta's Hungarian trial, were also admitted. Mr. Dallos, a survivor of the brickyard who died in 1963, gave evidence of the existence of a Lieutenant Bodolay, who might have been in charge of the confinement and deportation of the Jews at the brickyard. Campbell J. ruled that, although the evidence was of a hearsay nature, it was admissible. He also stated that, together with other evidence, it "could leave the jury with a reasonable doubt about the responsibility of Finta for confinement and brickyard conditions." The trial judge warned the jury in his charge about the hearsay nature of the evidence.

The jury acquitted Finta on all counts.

Ontario Court of Appeal (1992), 92 D.L.R. (4th) 1, 73 C.C.C. (3d) 65, 14 C.R. (4th) 1, 53 O.A.C. 1, 9 C.R.R. (2d) 91, (Arbour, Osborne and Doherty JJ.A.; Dubin C.J. and Tarnopolsky J.A. dissenting)

A summary of the Court of Appeal's position on the principal issues and their final disposition is set out below.

(i) The Evidentiary Issue

The majority of the Court of Appeal (Arbour, Osborne and Doherty JJ.A.) found the evidence of Dallos called by the trial judge to be admissible, despite its hearsay, and in one instance, double-hearsay nature. The majority affirmed the reasons given by the trial judge, both with respect to the unique features of the trial, and the principles underlying the exceptions to the hearsay rule relating to reliability, necessity and fairness.

However, the majority concluded that the trial judge erred in introducing this evidence himself

Le ministère public a cité 43 témoins au procès, dont 19 témoins oculaires. Pour le compte de la défense, le juge du procès a cité deux témoins oculaires, Ballo et Kemeny. La déclaration et le compte rendu d'un troisième témoin, Dallos, qui a témoigné lors du procès de Finta en Hongrie, ont également été admis. Monsieur Dallos, un survivant de la briqueterie décédé en 1963, a témoigné de l'existence d'un lieutenant Bodolay, qui pourrait avoir été chargé de la séquestration et de la déportation des Juifs à la briqueterie. Le juge Campbell a conclu que, bien qu'il constituait du ouï-dire, le témoignage était recevable. Il a également déclaré que, joint à d'autres éléments de preuve, il [TRADUCTION] «pourrait susciter chez le jury un doute raisonnable quant à la responsabilité de Finta à l'égard de la séquestration et des conditions à la briqueterie». Dans son exposé, le juge du procès a prévenu le jury qu'il s'agissait d'une preuve par ouï-dire.

Le jury a acquitté Finta relativement à tous les chefs.

La Cour d'appel de l'Ontario (1992), 92 D.L.R. (4th) 1, 73 C.C.C. (3d) 65, 14 C.R. (4th) 1, 53 O.A.C. 1, 9 C.R.R. (2d) 91 (les juges Arbour, Osborne et Doherty; le juge en chef Dubin et le juge Tarnopolsky étant dissidents)

Voici un résumé de la position de la Cour d'appel sur les questions principales et sa décision finale.

(i) La question de la présentation de la preuve

La Cour d'appel à la majorité (les juges Arbour, Osborne et Doherty) a jugé recevable le témoignage de Dallos présenté par le juge du procès en dépit du fait qu'il s'agisse de ouï-dire et, dans un cas, de ouï-dire double. La majorité a confirmé les motifs du juge du procès, à la fois à l'égard des caractéristiques uniques du procès et des principes qui sous-tendent les exceptions à la règle du ouï-dire relativement à la fiabilité, la nécessité et l'équité.

Les juges majoritaires ont toutefois conclu que le juge du procès avait commis une erreur en intro-

before the defence had elected whether or not to call evidence. Though the majority observed that parts of the defence's final address were improper, they concluded that the trial judge's directions pertaining to the address negated any prejudice that might have resulted.

The substance of the judge's error, in their view, was to deprive the Crown of its statutory right to address the jury last. However, the majority could not conclude that, had the trial judge not called the evidence in question, the verdict of the jury might well have been different. The majority therefore ruled that this error did not occasion a substantial wrong or miscarriage of justice which would require that the jury's acquittal of Finta be reversed.

Like the majority, Dubin C.J. found that the trial judge erred in the manner in which he admitted the evidence on behalf of the defence. He noted that the entire defence theory rested on the impugned evidence. As a result of the trial judge's calling the evidence rather than the defence, the defence retained the right to address the jury last. In his view, at p. 37, this "inflammatory address tainted the trial" and served to aggravate the error. Dubin C.J. concluded that it could not be said that no substantial wrong or miscarriage of justice resulted from the cumulative effect of the trial judge's error.

Tarnopolsky J.A. concurred with the reasons and disposition of Dubin C.J. with respect to the evidentiary question.

(ii) The Interpretation of Section 7(3.71) and the *Mens Rea* Issue

The following passage, at pp. 104-5, summarizes the majority's approach with respect to the legislation in question:

In our opinion, s. 7(3.71) speaks not to the jurisdiction of the court but to the territorial scope of the offences referred to in that section. It does so by expanding the territorial reach of the criminal law beyond Canada to the rest of the world whenever the

duisant cette preuve lui-même avant que la défense ait exercé le choix de produire une preuve ou non. Bien qu'ils aient remarqué que certaines parties de l'exposé final de la défense étaient inappropriées, les juges ont conclu que les directives du juge du procès concernant l'exposé dissipaient tout préjudice qui aurait pu en découler.

De l'avis des juges majoritaires, l'erreur du juge a été, essentiellement, de priver le ministère public du droit que lui confère la loi de s'adresser au jury en dernier. Ils n'ont toutefois pu conclure que le verdict du jury aurait très bien pu être différent si le juge du procès n'avait pas présenté la preuve en question. Ils ont par conséquent conclu que cette erreur n'avait engendré ni tort important ni erreur judiciaire grave exigeant l'annulation de l'acquittement de Finta prononcé par le jury.

À l'instar de la majorité, le juge en chef Dubin a conclu que le juge du procès avait commis une erreur dans sa manière d'admettre la preuve au nom de la défense. Il a signalé que la théorie entière de la défense reposait sur la preuve contestée. Le juge du procès ayant présenté la preuve à la place de la défense, cette dernière conservait le droit de s'adresser au jury en dernier. À son avis, à la p. 37, cet [TRADUCTION] «exposé incendiaire a vicié le procès» et contribué à aggraver l'erreur. Le juge en chef Dubin a conclu qu'on ne pouvait soutenir qu'aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave n'avait résulté de l'effet cumulatif de l'erreur du juge du procès.

Le juge Tarnopolsky a souscrit aux motifs du juge en chef Dubin et au résultat qu'il proposait quant à la question de la présentation de la preuve.

(ii) L'interprétation du par. 7(3.71) et la question de la *mens rea*

L'extrait suivant résume la position de la majorité à l'égard de la disposition législative en question (aux pp. 104 et 105):

[TRADUCTION] À notre avis, le par. 7(3.71) ne porte pas sur la compétence du tribunal, mais plutôt sur la portée territoriale des infractions qui y sont prévues. Ainsi, il étend la portée territoriale du droit criminel canadien au reste du monde lorsque les actes ou les

acts or omissions in question meet the dual criminality requirement of the section.

For example, to establish the commission of a "normal" charge of robbery the Crown must prove that the robbery occurred in Canada. Where the Crown alleges robbery contrary to s. 7(3.71), instead of proving that the robbery occurred in Canada, the Crown must prove that:

— had the act occurred in Canada, it would have amounted to robbery under the then operative *Criminal Code*, and
— the act amounted to a war crime or a crime against humanity.

As for the standard of *mens rea* to be applied by the jury, the majority approved of the charge given by the trial judge, which directed the jury to convict the accused of a war crime or a crime against humanity only if "the accused knew that his acts had the factual quality that made them war crimes", or if he knew his acts had a factual quality that "raised them up from the level of an ordinary crime to the international level of a crime against humanity".

In Dubin C.J.'s view, both the trial judge and the majority of the Court of Appeal misconstrued the purpose of s. 7(3.71) when they determined that the effect of this legislation was to create two new offences under the *Criminal Code*. He stated at p. 20:

> In my opinion, that subsection does not create two new offences, namely, a crime against humanity and a war crime, nor does it define the essential elements of the offences with which the respondent was charged.... Section 7(3.71) provides a mechanism for persons to be convicted for violating the *Criminal Code* of Canada for acts or omissions committed abroad if those acts or omissions are deemed to have been committed in Canada and thus subject to the *Criminal Code* of Canada. Forcible confinement, robbery, kidnapping and manslaughter, contrary to the provisions of the 1927 *Criminal Code*, were the only offences for which the respondent stood trial.

He also rejected the proposition that the legislation alters the jurisdiction over a person or the territo-

omissions en question satisfont à la double exigence de criminalité de l'article.

Par exemple, pour établir la perpétration de l'infraction dans le cadre d'une accusation «normale» de vol qualifié, le ministère public doit démontrer que celui-ci a été commis au Canada. Si le ministère public allègue que le vol qualifié a été commis en infraction au par. 7(3.71), plutôt que de démontrer que l'infraction a été commise au Canada, il doit prouver que:
— si l'acte avait été commis au Canada, il aurait constitué un vol qualifié suivant le *Code criminel* alors en vigueur;
— l'acte constituait un crime de guerre ou un crime contre l'humanité.

Quant à la norme de *mens rea* que le jury doit appliquer, la majorité a approuvé les directives du juge du procès, dans lesquelles il a signalé au jury qu'il ne devait déclarer l'accusé coupable d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité que si [TRADUCTION] «l'accusé savait que ses actes possédaient la qualité factuelle qui en faisait des crimes de guerre», ou s'il savait que ses actes possédaient une qualité factuelle [TRADUCTION] «qui les érigeait de crimes ordinaires en crimes contre l'humanité au niveau international».

De l'avis du juge en chef Dubin, tant le juge du procès que la Cour d'appel à la majorité ont mal interprété l'objectif du par. 7(3.71) lorsqu'ils ont déterminé que cette disposition avait pour effet de créer deux nouvelles infractions aux termes du *Code criminel*. Il a affirmé à la p. 20:

> [TRADUCTION] À mon avis, ce paragraphe ne crée pas deux nouvelles infractions, soit le crime contre l'humanité et le crime de guerre, ni n'énonce-t-il les éléments essentiels des infractions dont l'intimé était accusé. [...] Le paragraphe 7(3.71) prévoit un mécanisme qui permet que des personnes soient déclarées coupables d'infractions au *Code criminel* du Canada si elles ont commis à l'étranger un fait — acte ou omission — qui est présumé avoir été commis au Canada et est ainsi visé par le *Code criminel* canadien. La séquestration, le vol qualifié, l'enlèvement et l'homicide involontaire coupable commis en contravention aux dispositions du *Code criminel* de 1927 sont les seules infractions relativement auxquelles l'intimé a été jugé.

Il a également rejeté la proposition suivant laquelle la disposition législative modifie la compétence

rial jurisdiction of a court; rather, he viewed the section simply as concerning the culpability in Canada for conduct outside Canada.

Therefore, he held that it was within the power of the trial judge to determine whether the acts alleged, if committed in Canada, would have violated the *Criminal Code*, and to determine, as a matter of law, whether such acts constituted a war crime or a crime against humanity. It then remained for the jury to assess whether the acts were in fact committed. With respect to the *mens rea* requirement of this section, Dubin C.J. at p. 29 concurred with Tarnopolsky J.A. that the test was an objective one: " . . . it is quite irrelevant whether the respondent knew that those acts fell within the legal definition of a crime against humanity or whether he believed such acts to be inhumane".

Tarnopolsky J.A. was of the view that the Crown does not have to prove that the accused knew he was committing a war crime or a crime against humanity in order to convict him under s. 7(3.71).

Like Dubin C.J., Tarnopolsky J.A. contended that s. 7(3.71) does not create new substantive *Criminal Code* offences; rather, he stated at p. 53 that the section is:

> . . . merely *procedural* in nature, in that it confers jurisdiction on Canadian courts with respect to acts committed outside Canada, which would have been offences against Canadian law in force at the time of their occurrence, by deeming such acts to have occurred in Canada. [Emphasis in original.]

(iii) Jurisdiction and the Role of Judge and Jury

The majority determined that s. 7(3.71) sets out the elements of the offence. Those elements require that the act committed be a war crime or a crime against humanity. It follows that it is for the jury to decide whether the acts in question are war crimes or crimes against humanity.

d'un tribunal à l'égard d'une personne ou sa compétence territoriale; au contraire, il a estimé que le paragraphe ne concernait que la culpabilité au Canada relativement à un acte commis à l'étranger.

Il a par conséquent conclu qu'il appartenait au juge du procès de déterminer si, commis au Canada, les actes reprochés enfreignaient le *Code criminel*, et si, en droit, ces actes constituaient un crime de guerre ou un crime contre l'humanité. Il incombait alors au jury de déterminer si les actes avaient effectivement été commis. En ce qui concerne la *mens rea* requise par ce paragraphe, le juge en chef Dubin, à la p. 29, a souscrit à l'opinion du juge Tarnopolsky que le critère était objectif: [TRADUCTION] «. . . la question de savoir si l'intimé savait que ces actes étaient visés par la définition légale de crime contre l'humanité ou s'il croyait que ces actes étaient inhumains n'est aucunement pertinente».

De l'avis du juge Tarnopolsky, le ministère public n'est pas tenu de démontrer que l'accusé savait qu'il commettait un crime de guerre ou un crime contre l'humanité pour qu'il soit déclaré coupable en vertu du par. 7(3.71).

À l'instar du juge Dubin, le juge Tarnopolsky a soutenu que le par. 7(3.71) ne crée aucune nouvelle infraction substantielle au *Code criminel*; au contraire, a-t-il affirmé à la p. 53, le paragraphe est:

> [TRADUCTION] . . . de nature simplement *procédurale* car, en considérant que ces actes ont été commis au Canada, il confère aux tribunaux canadiens une compétence en matière d'actes commis à l'étranger, pourvu qu'ils aient constitué des infractions à la loi canadienne en vigueur au moment de leur perpétration. [En italique dans l'original.]

(iii) La compétence et le rôle du juge et du jury

Suivant la majorité, le par. 7(3.71) énonce les éléments de l'infraction, selon lesquels l'acte commis doit être un crime de guerre ou un crime contre l'humanité. Il s'ensuit qu'il appartient au jury de déterminer si les actes en question sont des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité.

Dubin C.J. found that pursuant to s. 7(3.71) of the *Code*, it is for the trial judge to determine first, whether the alleged acts would constitute, as a matter of law, a war crime or a crime against humanity, if the accused committed such acts outside Canada. The trial judge also must decide whether, as a matter of law, the alleged acts constitute an offence under the provisions of the *Code* then in force. It remains for the jury to decide if the accused did in fact commit the alleged acts. After reviewing the facts of this case, Dubin C.J. concluded at p. 29:

> In my view, the trial judge in this case would have no difficulty in concluding, as a matter of law, that, if the respondent had confined the victims in the manner alleged in the evidence, such conduct would constitute a crime against humanity.
>
> In this case, I do not think that a trial judge should have had any doubt that such acts, if committed, would constitute the offence of forcible confinement.

Tarnopolsky J.A. found that the determination of whether an accused's acts constituted a war crime or a crime against humanity (characterized as a "jurisdictional fact" by the trial judge, in that it had to be proven before the court could assume jurisdiction to try the accused) should properly rest with the trial judge as it is a question of law. It was, therefore, a misdirection for the trial judge to instruct the jury that the Crown had to prove beyond a reasonable doubt that the accused must have knowledge of the mental element in relation to "jurisdictional facts".

(iv) Constitutionality of s. 7(3.71)

The majority judgment of the Court of Appeal affirmed the reasons of Callaghan A.C.J.H.C. in ruling that the war crimes provisions in the *Code* do not violate the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. However, the majority took issue with the characterization of the section as not giving rise to new offences under the *Code*. This departure from the findings of Callaghan A.C.J.H.C.,

Le juge en chef Dubin a conclu que, conformément au par. 7(3.71) du *Code*, il appartient au juge du procès de déterminer en premier lieu si les actes reprochés constitueraient en droit, si l'accusé a commis ces actes à l'étranger, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité. Le juge du procès doit également décider si, en droit, les actes reprochés constituent une infraction aux dispositions du *Code* alors en vigueur. Il reste au jury à décider si l'accusé a effectivement commis les actes dont on l'accuse. Après avoir examiné les faits de l'espèce, le juge en chef Dubin a conclu, à la p. 29:

> [TRADUCTION] À mon avis, le juge du procès en l'espèce n'aurait aucune difficulté à conclure en droit que, si l'intimé avait séquestré les victimes de la manière alléguée dans la preuve, son comportement constituerait un crime contre l'humanité.
>
> En l'espèce, je ne crois pas qu'un juge du procès aurait dû douter que ces actes, s'ils ont été commis, constitueraient l'infraction de séquestration.

Le juge Tarnopolsky a conclu qu'il convient que la question de savoir si les actes d'un accusé constituent un crime de guerre ou un crime contre l'humanité (qualifié de «fait attributif de compétence» par le juge du procès puisqu'il devait être établi avant que la cour puisse se prévaloir de la compétence pour juger l'accusé) soit tranchée par le juge du procès puisqu'il s'agit d'une question de droit. Le juge du procès a donc donné des directives erronées au jury lorsqu'il lui a signalé que le ministère public était tenu de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé devait avoir une connaissance de l'élément moral par rapport aux «faits attributifs de compétence».

(iv) La constitutionnalité du par. 7(3.71)

Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont confirmé les motifs du juge en chef adjoint Callaghan en concluant que les dispositions du *Code* sur les crimes de guerre ne violent pas la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les juges n'ont toutefois pu admettre que le paragraphe ne crée pas de nouvelles infractions au *Code*. Ce désaccord avec les conclusions du juge en chef adjoint Callaghan

however, did not affect the ruling with respect to the constitutionality of s. 7(3.71).

Dubin C.J. also agreed with the reasons of Callaghan A.C.J.H.C. in upholding the constitutionality of the war crimes provisions.

Finally, Tarnopolsky agreed with the rest of the Court of Appeal in affirming Callaghan A.C.J.H.C.'s pre-trial judgment that the war crimes provisions in the *Code* did not violate the *Charter*.

(v) Disposition

In the result, the majority of the Court of Appeal dismissed the Crown's appeal from the acquittal of Finta.

Dubin C.J. concluded that the jury was misdirected with respect to the *mens rea* requirement, and that the trial judge erred in determining what "jurisdictional facts" had to be proven to the jury. On these grounds, and for the other reasons set out, he would order a new trial.

On the basis of the trial judge's rulings concerning jurisdictional facts and the proof required of the essential elements of the war crimes offences, Tarnopolsky J.A. would also order a new trial.

IV. Relevant Legislation

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, as amended by R.S.C., 1985, c. 30 (3rd Supp.), s. 1:

7. . . .

(3.71) Notwithstanding anything in this Act or any other Act, every person who, either before or after the coming into force of this subsection, commits an act or omission outside Canada that constitutes a war crime or a crime against humanity and that, if committed in Canada, would constitute an offence against the laws of Canada in force at the time of the act or omission shall

n'a par contre eu aucune conséquence sur la conclusion concernant la constitutionnalité du par. 7(3.71).

Le juge en chef Dubin a également souscrit aux motifs du juge en chef adjoint Callaghan en maintenant la constitutionnalité des dispositions relatives aux crimes de guerre.

Enfin, le juge Tarnopolsky a partagé l'opinion du reste de la Cour d'appel en confirmant le jugement prononcé relativement à la requête préalable au procès par le juge en chef adjoint Callaghan suivant lequel les dispositions du *Code* relatives aux crimes de guerre ne violent pas la *Charte*.

(v) Dispositif

En conséquence, la Cour d'appel à la majorité a rejeté l'appel du ministère public contre l'acquittement de Finta.

Le juge en chef Dubin a conclu que le jury avait reçu des directives erronées sur la *mens rea* requise et que le juge du procès avait commis une erreur en déterminant les «faits attributifs de compétence» qui devaient être démontrés au jury. Pour ces motifs et pour les autres motifs exposés, il était d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

En raison des décisions du juge du procès concernant les faits attributifs de compétence et la preuve requise des éléments essentiels des infractions de crimes de guerre, le juge Tarnopolsky était également d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

IV. Dispositions législatives pertinentes

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, modifié par L.R.C. (1985), ch. 30 (3e suppl.), art. 1:

7. . . .

(3.71) Nonobstant les autres dispositions de la présente loi et par dérogation à toute autre loi, l'auteur d'un fait — acte ou omission — commis à l'étranger même avant l'entrée en vigueur du présent paragraphe, constituant un crime de guerre ou un crime contre l'humanité et qui aurait constitué, au Canada, une infraction au droit canadien en son état à l'époque de la perpétration,

be deemed to commit that act or omission in Canada at that time if,

(*a*) at the time of the act or omission,

(i) that person is a Canadian citizen or is employed by Canada in a civilian or military capacity,

(ii) that person is a citizen of, or is employed in a civilian or military capacity by, a state that is engaged in an armed conflict against Canada, or

(iii) the victim of the act or omission is a Canadian citizen or a citizen of a state that is allied with Canada in an armed conflict; or

(*b*) at the time of the act or omission, Canada could, in conformity with international law, exercise jurisdiction over the person with respect to the act or omission on the basis of the person's presence in Canada and, subsequent to the time of the act or omission, the person is present in Canada.

(3.72) Any proceedings with respect to an act or omission referred to in subsection (3.71) shall be conducted in accordance with the laws of evidence and procedure in force at the time of the proceedings.

. . .

(3.74) Notwithstanding subsection (3.73) and section 15, a person may be convicted of an offence in respect of an act or omission referred to in subsection (3.71) even if the act or omission is committed in obedience to or in conformity with the law in force at the time and in the place of its commission.

. . .

(3.76) ...

"crime against humanity" means murder, extermination, enslavement, deportation, persecution or any other inhumane act or omission that is committed against any civilian population or any identifiable group of persons, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission, and that, at that time and in that place, constitutes a contravention of customary international law or conventional international law or is criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations;

"war crime" means an act or omission that is committed during an international armed conflict, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission, and that, at that time and in that place, constitutes a contravention

est réputé avoir commis le fait au Canada à cette époque si l'une des conditions suivantes est remplie:

a) à l'époque:

(i) soit lui-même est citoyen canadien ou employé au service du Canada à titre civil ou militaire,

(ii) soit lui-même est citoyen d'un État participant à un conflit armé contre le Canada ou employé au service d'un tel État à titre civil ou militaire,

(iii) soit la victime est citoyen canadien ou ressortissant d'un État allié du Canada dans un conflit armé;

b) à l'époque, le Canada pouvait, en conformité avec le droit international, exercer sa compétence à cet égard à l'encontre de l'auteur, du fait de sa présence au Canada, et après la perpétration, celui-ci se trouve au Canada.

(3.72) Les poursuites engagées à l'égard du fait visé au paragraphe (3.71) sont exercées conformément aux règles de preuve et de procédure en vigueur lors du procès.

. . .

(3.74) Par dérogation au paragraphe (3.73) et à l'article 15, une personne peut être déclarée coupable d'une infraction à l'égard d'un fait visé au paragraphe (3.71), même commis en exécution du droit en vigueur à l'époque et au lieu de la perpétration ou en conformité avec ce droit.

. . .

(3.76) ...

«crime contre l'humanité» Assassinat, extermination, réduction en esclavage, déportation, persécution ou autre fait — acte ou omission — inhumain d'une part, commis contre une population civile ou un groupe identifiable de personnes — qu'il ait ou non constitué une transgression du droit en vigueur à l'époque et au lieu de la perpétration — et d'autre part, soit constituant, à l'époque et dans ce lieu, une transgression du droit international coutumier ou conventionnel, soit ayant un caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations.

«crime de guerre» Fait — acte ou omission — commis au cours d'un conflit armé international — qu'il ait ou non constitué une transgression du droit en vigueur à l'époque et au lieu de la perpétration — et constituant, à l'époque et dans ce lieu, une transgression du

of the customary international law or conventional international law applicable in international armed conflicts.

15. No person shall be convicted of an offence in respect of an act or omission in obedience to the laws for the time being made and enforced by persons in *de facto* possession of the sovereign power in and over the place where the act or omission occurs.

25. (1) Every one who is required or authorized by law to do anything in the administration or enforcement of the law

(*a*) as a private person,

(*b*) as a peace officer or public officer,

(*c*) in aid of a peace officer or public officer, or

(*d*) by virtue of his office,

is, if he acts on reasonable grounds, justified in doing what he is required or authorized to do and in using as much force as is necessary for that purpose.

(2) Where a person is required or authorized by law to execute a process or to carry out a sentence, that person or any person who assists him is, if that person acts in good faith, justified in executing the process or in carrying out the sentence notwithstanding that the process or sentence is defective or that it was issued or imposed without jurisdiction or in excess of jurisdiction.

(3) Subject to subsection (4), a person is not justified for the purposes of subsection (1) in using force that is intended or is likely to cause death or grievous bodily harm unless he believes on reasonable grounds that it is necessary for the purpose of preserving himself or any one under his protection from death or grievous bodily harm.

(4) A peace officer who is proceeding lawfully to arrest, with or without warrant, any person for an offence for which that person may be arrested without warrant, and every one lawfully assisting the peace officer, is justified, if the person to be arrested takes flight to avoid arrest, in using as much force as is necessary to prevent the escape by flight, unless the escape can be prevented by reasonable means in a less violent manner. [Emphasis added.]

droit international coutumier ou conventionnel applicable à de tels conflits.

15. Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à l'égard d'un acte ou d'une omission en exécution des lois alors édictées et appliquées par les personnes possédant *de facto* le pouvoir souverain dans et sur le lieu où se produit l'acte ou l'omission.

25. (1) Quiconque est, par la loi, obligé ou autorisé à faire quoi que ce soit dans l'application ou l'exécution de la loi:

a) soit à titre de particulier;

b) soit à titre d'agent de la paix ou de fonctionnaire public;

c) soit pour venir en aide à un agent de la paix ou à un fonctionnaire public;

d) soit en raison de ses fonctions,

est, s'il agit en s'appuyant sur des motifs raisonnables, fondé à accomplir ce qu'il lui est enjoint ou permis de faire et fondé à employer la force nécessaire pour cette fin.

(2) Lorsqu'une personne est, par la loi, obligée ou autorisée à exécuter un acte judiciaire ou une sentence, cette personne ou toute personne qui l'assiste est, si elle agit de bonne foi, fondée à exécuter l'acte judiciaire ou la sentence, même si ceux-ci sont défectueux ou ont été délivrés sans juridiction ou au-delà de la juridiction.

(3) Sous réserve du paragraphe (4), une personne n'est pas justifiée, pour l'application du paragraphe (1), d'employer la force avec l'intention de causer, ou de nature à causer la mort ou des lésions corporelles graves, à moins qu'elle n'estime, pour des motifs raisonnables, que cette force est nécessaire afin de se protéger elle-même ou de protéger toute autre personne sous sa protection, contre la mort ou contre des lésions corporelles graves.

(4) Un agent de la paix qui procède légalement à l'arrestation, avec ou sans mandat, d'une personne pour une infraction au sujet de laquelle cette personne peut être appréhendée sans mandat, ainsi que toute personne aidant légalement l'agent de la paix, est justifiable, si la personne qui doit être appréhendée s'enfuit afin d'éviter l'arrestation, d'employer la force nécessaire pour empêcher cette fuite, à moins que l'évasion puisse être empêchée par des moyens raisonnables d'une façon moins violente. [Je souligne.]

Canadian Charter of Rights and Freedoms

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(*g*) not to be found guilty on account of any act or omission unless, at the time of the act or omission, it constituted an offence under Canadian or international law or was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations;

V. Points in Issue

The Appeal

Did the Court of Appeal err in law in holding that:

(1) s. 7(3.71) of the *Criminal Code*, is not merely jurisdictional in nature, but rather creates two new offences, a crime against humanity and a war crime, and defines the essential elements of the offences charged, such that it is necessary for the jury to decide beyond a reasonable doubt, not only whether the respondent is guilty of the *1927 Criminal Code* offences charged, but also whether his acts constituted crimes against humanity and/or war crimes as defined by ss. 7(3.71) and 7(3.76);

(2) the trial judge did not misdirect the jury as to the requisite *mens rea* for each offence by requiring the Crown prove not only that the respondent intended to commit the *1927 Criminal Code* offences charged, but also that he knew that his acts constituted war crimes and/or crimes against humanity as defined in s. 7(3.76);

[3] (a) the trial judge did not err in putting the "peace officer defence" embodied in s. 25 of the *Criminal Code*, the "military orders defence" and the issue of mistake of fact to the jury; and

(b) the trial judge did not misdirect the jury in the manner in which he defined those defences;

[4] the trial judge's instructions to the jury adequately corrected defence counsel's inflammatory and improper jury address so as to overcome the

Charte canadienne des droits et libertés

11. Tout inculpé a le droit:

. . .

g) de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada ou le droit international et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations;

V. Questions en litige

Le pourvoi

La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit lorsqu'elle a conclu que:

[TRADUCTION]

(1) le paragraphe 7(3.71) du *Code criminel* ne vise pas simplement la compétence, mais crée plutôt deux nouvelles infractions, un crime contre l'humanité et un crime de guerre; en outre, il définit les éléments essentiels des infractions reprochées de manière que le jury doit décider, hors de tout doute raisonnable, non seulement si l'intimé est coupable des infractions reprochées en vertu du *Code criminel* de 1927, mais également si ses actes constituaient des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre aux termes des par. 7(3.71) et 7(3.76);

(2) le juge du procès n'a pas donné de directives erronées au jury sur la *mens rea* requise relativement à chaque infraction en exigeant que le ministère public démontre non seulement que l'intimé avait l'intention de commettre les infractions visées au *Code criminel* de 1927 qui lui sont reprochées, mais aussi qu'il savait que ces actes constituaient des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité aux termes du par. 7(3.76);

[3] a) le juge du procès n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a présenté au jury la «défense de l'agent de la paix» inscrite à l'art. 25 du *Code criminel*, la «défense fondée sur les ordres militaires» et la question de l'erreur de fait;

b) la manière dont le juge du procès a défini ces moyens de défense ne constituait pas une directive erronée.

[4] les directives du juge du procès au jury ont adéquatement corrigé l'exposé déplacé et incendiaire de l'avocat de la défense de manière à réparer le préju-

prejudice to the Crown and not deprive it of a fair trial;

[5] the DALLOS "evidence" (police statement and deposition) was admissible and, in particular, in finding that even though it did not fall within any of the recognized exceptions to the hearsay rule:

(i) it was admissible on the basis that it had circumstantial indicia of reliability;

(ii) there was a necessity to introduce it;

(iii) its admission was necessary to ensure a fair trial and to prevent a miscarriage of justice; and

(iv) it was admissible for the defence even though it would not be admissible for the Crown.

[6] the trial judge's error in calling the DALLOS evidence and the videotaped commission evidence of the witnesses KEMENY and BALLO as his own evidence, thereby denying the Crown of its statutory right to address the jury last, did not result in a substantial wrong or miscarriage of justice; and

[7] the trial judge's instructions to the jury relating to the Crown's identification evidence were appropriate and in not finding that he misdirected the jury on the issue of identification . . .

The Cross Appeal

[8] Does s. 7(3.74) [and s. 7(3.76)] of the *Criminal Code* violate ss. 7, 11(*a*), 11(*b*), 11(*d*), 11(*g*), 12 or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

[9] If the answer to the question is in the affirmative, [are] ss. 7(3.74) [and 7(3.76)] of the *Criminal Code* . . . reasonable limit[s] in a free and democratic society [justifiable] under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

VI. Analysis

(1) *Jurisdiction*

The jurisdiction of Canadian courts is, in part, limited by the principle of territoriality. That is, Canadian courts, as a rule, may only prosecute those crimes which have been committed within

dice subi par le ministère public et à ne pas le priver d'un procès équitable;

[5] le «témoignage» de DALLOS (déclaration à la police et déposition) était recevable et, en particulier, que, bien qu'il ne soit pas visé par les exceptions reconnues à la règle du ouï-dire:

(i) il était recevable pour le motif qu'il démontrait un indice circonstanciel de fiabilité;

(ii) il devait être introduit;

(iii) il devait être admis pour garantir un procès équitable et éviter qu'une erreur judiciaire soit commise;

(iv) il était recevable quant à la défense bien qu'il ne le serait pas quant au ministère public.

[6] l'erreur du juge du procès, lorsqu'il a produit le témoignage de DALLOS et les témoignages de KEMENY et de BALLO enregistrés sur bande vidéo par voie de commissions rogatoires comme ses propres éléments de preuve, privant ainsi le ministère public du droit que lui confère la loi de s'adresser au jury en dernier, n'a entraîné aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave;

[7] les directives du juge du procès au jury relativement à la preuve d'identification du ministère public étaient appropriées, et lorsqu'elle n'a pas conclu que le juge du procès avait donné des directives erronées au jury sur la question de l'identification . . .

Le pourvoi incident

[8] Le paragraphe 7(3.74) [et le par. 7(3.76)] du *Code criminel* viole[nt]-il[s] les art. 7, 11*a*), 11*b*), 11*d*), 11*g*), 12 ou 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

[9] Si la réponse à cette question est affirmative, le par. 7(3.74) [et le par. 7(3.76)] du *Code criminel* [sont]-il[s] [des] limite[s] raisonnable[s] dans le cadre d'une société libre et démocratique et donc justifiée[s] en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

VI. Analyse

(1) *La compétence*

La compétence des tribunaux canadiens est en partie limitée par le principe de la territorialité, suivant lequel les tribunaux canadiens ne peuvent généralement juger des individus que pour des

Canadian territory. Section 6(2) of the *Criminal Code* provides that:

6. . . .

(2) Subject to this Act or any other Act of Parliament, no person shall be convicted or discharged under section 736 of an offence committed outside Canada.

This rule reflects the principle of sovereign integrity, which dictates that a state has exclusive sovereignty over all persons, citizens or aliens, and all property, real or personal, within its own territory. Indeed, the Permanent Court of International Justice has confirmed that:

. . . the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that . . . it may not exercise its power[s] in any form in the territory of another State.

(*The Case of the S.S. "Lotus"* (1927), P.C.I.J., Ser. A, No. 10, at p. 18.)

However, there are exceptions to the principle of territoriality. Professor Ian Brownlie has identified several other bases of jurisdiction in his work *Principles of Public International Law* (4th ed. 1990). According to Gillian Triggs, in "Australia's War Crimes Trials: A Moral Necessity or Legal Minefield?" (1987), 16 *M.U.L.R.* 382, at p. 389:

[the] principle [of universality] permits the exercise of jurisdiction by a state in respect of criminal acts committed by non-nationals against non-nationals wherever they take place. Jurisdiction is based upon the accused's attack upon the international order as a whole and is of common concern to all mankind as a sort of international public policy. Historically, the universality principle has been employed to prosecute piracy and, more recently, hijacking. Under the principle of universality the criminal act is a violation of national law. International law merely gives states a liberty to punish but it does not itself declare the act illegal.

By contrast, some acts are crimes under international law. They may be punished by any state which has custody of the accused. Examples of this . . . basis of jurisdiction include breaches of the laws of war included in

crimes commis sur le territoire canadien. Le paragraphe 6(2) du *Code criminel* prévoit ce qui suit:

6. . . .

(2) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, nul ne doit être déclaré coupable d'une infraction commise à l'étranger ou absous en vertu de l'article 736 à l'égard de celle-ci.

Cette règle reflète le principe de l'intégrité souveraine, suivant lequel un État est le seul à pouvoir exercer sa souveraineté à l'égard de toutes les personnes, citoyens ou étrangers, et de tous les biens, mobiliers ou immobiliers, situés sur son propre territoire. En fait, la Cour permanente de justice internationale a confirmé que:

. . . la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure [. . .] tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État.

(*Affaire du «Lotus»* (1927), C.P.J.I., sér. A, nº 10, à la p. 18.)

Le principe de la territorialité souffre toutefois certaines exceptions. Dans son ouvrage *Principles of Public International Law* (4e éd. 1990), le professeur Ian Brownlie a cerné plusieurs autres fondements de compétence. Selon Gillian Triggs dans «Australia's War Crimes Trials: A Moral Necessity or Legal Minefield?» (1987), 16 *M.U.L.R.* 382, à la p. 389:

[TRADUCTION]

[le] principe [de l'universalité] permet l'exercice par l'État d'une compétence en matière d'actes criminels commis par des étrangers contre des étrangers peu importe l'endroit. Cette compétence est fondée sur le fait que l'accusé s'en prend à l'ordre international dans son ensemble et elle soulève l'intérêt commun de la race humaine entière comme étant une forme de politique internationale publique. Dans le passé, on a eu recours au principe de l'universalité pour engager des poursuites relativement à la piraterie et, plus récemment, aux détournements. Suivant le principe de l'universalité, l'acte criminel est une violation du droit national. Le droit international confère à un État uniquement le droit de punir l'auteur d'un acte, mais ne déclare pas lui-même l'illégalité de l'acte.

Par contre, certains actes sont des crimes en droit international. L'auteur de ces crimes peut être puni par tout État qui en a la garde. Au nombre des actes qui répondent à ce [. . .] fondement de la compétence se

the Hague Convention of 1907 and the four Geneva 'Red Cross' Conventions of 1949, torture, apartheid, attacks on diplomatic agents, drug trafficking and terrorism.

Section 11(*g*) of the *Charter* allows customary international law to form a basis for the prosecution of war criminals who have violated general principles of law recognized by the community of nations regardless of when or where the criminal act or omission took place. The use of international legal principles to ground jurisdiction for criminal activity committed outside of Canada has thus been constitutionally permissible since 1982. On February 7, 1985, Order in Council P.C. 1985-348 established the Commission of Inquiry on War Criminals (the Deschênes Commission). In its report, the Commission, headed by the Honourable Jules Deschênes, recommended that the *Criminal Code* be used as the vehicle for the prosecution of "war criminals in Canada". (See *Commission of Inquiry on War Criminals Report*.) In response to these recommendations, the *Code* was amended to include ss. 7(3.71) to (3.77). These provisions constitute an exception to the principle of territoriality found in s. 6(2) of the *Code*.

However, the jurisdiction of Canadian courts to try offences under ss. 7(3.71) — (3.77) is carefully circumscribed. It is only when the following conditions are fulfilled that offences under s. 7(3.71) may be prosecuted in Canada: (1) the act or omission was committed outside the territorial boundaries of Canada; (2) the act or omission constitutes a crime against humanity or a war crime; (3) the act or omission, had it been committed in Canada, would have constituted an offence against the laws of Canada in force at the time; and (4) in the words of the section at the time of the act or omission,

> **7.** . . .
>
> (3.71) . . .
>
> (i) [the accused] is a Canadian citizen or is employed by Canada in a civilian or military capacity,

trouvent notamment les infractions aux lois sur la guerre incluses dans la Convention de La Haye de 1907 ou aux quatre Conventions de la «Croix-Rouge» de Genève de 1949, la torture, l'apartheid, les attaques contre les diplomates, le trafic de drogue et le terrorisme.

Aux termes de l'al. 11*g*) de la *Charte* il est permis, en vertu du droit international coutumier, de poursuivre des criminels de guerre qui ont violé les principes de droit généraux reconnus par l'ensemble des nations, peu importe l'époque ou le lieu où l'activité ou l'omission criminelle est survenue. Le recours à des principes juridiques internationaux pour fonder la compétence à l'égard d'activités criminelles commises à l'extérieur du Canada est constitutionnellement permis depuis 1982. Le 7 février 1985, le décret nº 1985-348 a créé la Commission d'enquête sur les criminels de guerre (la commission Deschênes). Dans son rapport, la Commission, présidée par l'honorable Jules Deschênes, a recommandé que le *Code criminel* soit utilisé pour poursuivre les «criminels de guerre au Canada». (Voir *Rapport de la Commission d'enquête sur les criminels de guerre*.) En réponse à ces recommandations, le législateur a modifié le *Code* pour y inclure les par. 7(3.71) à (3.77). Ces dispositions constituent une exception au principe de la territorialité prévu au par. 6(2) du *Code*.

La compétence des tribunaux canadiens pour juger les auteurs des infractions prévues aux par. 7(3.71) à (3.77) est toutefois soigneusement circonscrite. Ce n'est que lorsque les conditions suivantes sont respectées que les infractions prévues aux par. 7(3.71) peuvent faire l'objet d'accusations au Canada: (1) le fait — acte ou omission — a été commis à l'extérieur des frontières territoriales du Canada; (2) le fait — acte ou omission — constitue un crime contre l'humanité ou un crime de guerre; (3) s'il avait été commis au Canada, le fait — acte ou omission — aurait constitué une infraction aux lois du Canada alors en vigueur; (4) aux termes de l'article, à l'époque,

> **7.** . . .
>
> (3.71) . . .
>
> (i) soit [l'accusé] est citoyen canadien ou employé au service du Canada à titre civil ou militaire,

(ii) that person is a citizen of, or is employed in a civilian or military capacity by, a state that is engaged in an armed conflict against Canada, or

(iii) the victim of the act or omission is a Canadian citizen or a citizen of a state that is allied with Canada in an armed conflict; or . . . [Emphasis added.]

(ii) soit lui-même est citoyen d'un État participant à un conflit armé contre le Canada ou employé au service d'un tel État à titre civil ou militaire,

(iii) soit la victime est citoyen canadien ou ressortissant d'un État allié du Canada dans un conflit armé . . . [Je souligne.]

(5) at the time of the act or omission, Canada, in conformity with international law, could have exercised jurisdiction over the person with respect to the act or omission on the basis of the person's presence in Canada and, subsequent to the time of the act or omission, the person is present in Canada.

(5) à l'époque, le Canada aurait pu, en conformité avec le droit international, exercer sa compétence à cet égard à l'encontre de l'auteur, du fait de sa présence au Canada, et après la perpétration, celui-ci se trouve au Canada.

Thus, there are a number of jurisdictional hurdles which must be cleared before Canadian courts may prosecute offences under s. 7(3.71). How then are these jurisdictional issues to be determined?

De nombreuses barrières en matière de compétence doivent donc tomber avant que les tribunaux canadiens puissent juger des individus relativement à des infractions visées au par. 7(3.71). Comment donc ces questions de compétence doivent-elles être tranchées?

This Court considered the issue of jurisdiction and the respective roles of the judge and the jury in determining jurisdictional questions in the case of *Balcombe v. The Queen*, [1954] S.C.R. 303. In that case, at p. 304, the indictment alleged that the accused committed murder " . . . at the County of Dundas in the province of Ontario". He was tried and convicted in Ontario by a court composed of a judge and jury. At trial, he sought a directed verdict, arguing that the homicide had occurred in Quebec. The trial judge dismissed the motion and the Court of Appeal affirmed his ruling. In their application for leave to appeal to this Court, defence counsel argued that the question of the situs of the offence was one for the jury to decide, and that the trial judge should have directed them that they had to be satisfied beyond a reasonable doubt that the offence was committed within the province of Ontario. This Court dismissed the application for leave to appeal. Fauteux J. stated at p. 305:

Notre Cour a examiné la question de la compétence et des rôles respectifs du juge et du jury en se prononçant sur des questions de compétence dans l'affaire *Balcombe c. The Queen*, [1954] R.C.S. 303. Dans cette affaire, à la p. 304, l'acte d'accusation alléguait que l'accusé avait commis un meurtre [TRADUCTION] «. . . dans le comté de Dundas (Ontario)». L'accusé a été jugé et déclaré coupable en Ontario par un tribunal formé d'un juge et d'un jury. Au procès, il a demandé un verdict imposé, soutenant que l'homicide avait été commis au Québec. Le juge du procès a rejeté la requête, et la Cour d'appel a confirmé cette décision. Dans leur demande d'autorisation de pourvoi devant notre Cour, les avocats de la défense ont soutenu que la question du lieu de l'infraction relevait du jury, et que le juge du procès aurait dû lui indiquer qu'il devait être convaincu hors de tout doute raisonnable que l'infraction avait été commise en Ontario. La Cour a rejeté la demande d'autorisation de pourvoi. Le juge Fauteux a affirmé, à la p. 305:

The question of jurisdiction is a question of law — consequently, for the presiding Judge — even if, to its determination, consideration of the evidence is needed. It is a question strictly beyond the field of these matters which under the law and particularly under the terms of

[TRADUCTION] La compétence est une question de droit — relevant donc du juge présidant le tribunal — même si, pour la trancher, il est nécessaire d'examiner la preuve. Elle excède entièrement le domaine des questions qu'en droit et, particulièrement, selon les moda-

their oath, the jury have to consider. They are concerned only with the guilt or innocence of the prisoner at the bar. Indeed the lawful fulfilment of their duties rests on the assumed existence of the jurisdiction of the Court to try, at the place where it is held, the accused for the crime charged.

The trial judge in the present case distinguished *Balcombe* on the basis that the questions of fact raised by some of the jurisdictional requirements in s. 7(3.71) go to the very heart of the moral culpability of Finta's alleged actions. The trial judge put it in this way:

> Although *Balcombe* decided that jurisdictional facts such as situs are decided by the judge and not the jury, the court noted in *Balcombe* that the facts in issue there did not go to the guilt or innocence of the accused. This is therefore not a case like *Balcombe*. In this case situs is not in issue. In this case the jurisdictional facts such as enslavement, deportation, persecution or the commission of any other inhumane act by the accused are facts that go to his very guilt or innocence. Such questions are for the jury. They go in this case to the very root of the principle of trial by jury.
>
> This is particularly so when an adverse determination of those jurisdictional facts deprives the accused of important legal rights including *Charter* rights, special pleas, and the very significant defence of obedience to de facto law.
>
> To take these crucial issues of jurisdictional fact away from the jury would deprive both him and the community of the right to have a jury decide all the facts that go to the guilt or innocence of the accused. Those facts will therefore be decided by the jury.

I agree with this position. There is an important distinction to be made between the jurisdictional issue of situs, which a judge is entitled to determine on consideration of the facts, and the jurisdictional issue as to whether the essential elements of an offence have been proven. The latter must be left to the jury. As Lamer J. (as he then was) stated in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, the presumption of innocence demands that the prosecution prove beyond a reasonable doubt the existence

lités de leur serment, les jurés doivent examiner. Leur seule préoccupation est la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. En fait, le respect légal de leurs obligations repose sur l'existence présumée de la compétence de la cour de juger l'accusé, là où le procès se tient, relativement au crime reproché.

Le juge du procès en l'espèce a fait une distinction d'avec l'arrêt *Balcombe* pour le motif que les questions de fait soulevées par certaines conditions du par. 7(3.71) en matière de compétence vont au cœur même de la culpabilité morale de Finta quant aux actions qu'il aurait commises. Il s'exprime ainsi:

> [TRADUCTION] Bien que, dans l'affaire *Balcombe*, on ait décidé que les faits attributifs de compétence, tel le lieu de l'infraction, relèvent du juge et non du jury, la cour y a remarqué que les faits dans cette affaire ne concernaient pas la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. La présente affaire est donc différente de l'affaire *Balcombe*. En l'espèce, le lieu de l'infraction n'est pas en litige. Les faits attributifs de compétence comme la réduction en esclavage, la déportation, la persécution ou la perpétration de tout autre acte inhumain par l'accusé sont des faits qui concernent sa culpabilité ou son innocence même. Ces questions relèvent du jury. En l'espèce, elles s'attachent au fondement même du principe du procès par jury.
>
> C'est particulièrement le cas lorsqu'une détermination contraire à ces faits attributifs de compétence prive l'accusé d'un droit juridique important, dont ceux garantis par la *Charte*, de plaidoyers spéciaux et de la défense très importante de l'obéissance à la loi de facto.
>
> Retirer au jury ces questions cruciales de faits attributifs de compétence priverait à la fois l'accusé et la collectivité du droit à ce que tous les faits qui concernent la culpabilité ou l'innocence de l'accusé soient tranchés par le jury. C'est par conséquent le jury qui se prononcera sur ces faits.

Je partage cette opinion. Il faut établir une importante distinction entre la question de compétence relative au lieu, sur laquelle un juge peut se prononcer après avoir considéré les faits, et la question de compétence quant à savoir si les éléments essentiels d'une infraction ont été établis. Cette dernière doit être laissée au jury. Comme le juge Lamer (maintenant Juge en chef) l'a dit dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, la présomption d'innocence exige que la poursuite

of all of the essential elements of the offence — whether specified in the legislation enacting the offence or constitutionally mandated by s. 7 of the *Charter*. In subsequent decisions of this Court the requirement of proof beyond a reasonable doubt was extended to cover collateral factors, excuses and defences. (See *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697.) Thus, it matters not whether the additional international elements involved in the offences of crimes against humanity and war crimes constitute jurisdictional factors or excuses. The essential question is not how the elements are characterized, but rather, whether the jury would be forced to convict in spite of having a reasonable doubt as to whether the offences constituted a war crime or a crime against humanity.

prouve hors de tout doute raisonnable l'existence de tous les éléments essentiels de l'infraction — qu'ils soient précisés dans la loi qui prévoit l'infraction ou constitutionnellement prescrits par l'art. 7 de la *Charte*. Dans des décisions subséquentes de notre Cour, l'exigence de la preuve hors de tout doute raisonnable a été étendue aux facteurs accessoires, excuses et moyens de défense. (Voir *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.) Ainsi, il n'importe pas que les éléments internationaux supplémentaires mis en cause dans les infractions de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre constituent des facteurs ou des excuses touchant la compétence. La question essentielle n'est pas de savoir comment les éléments sont qualifiés, mais plutôt de savoir si le jury serait contraint de déclarer l'accusé coupable en dépit du fait qu'il éprouve un doute raisonnable quant à savoir si les infractions constituent un crime de guerre ou un crime contre l'humanité.

It is the appellant's position that the trial judge would be called upon to make determinations on the balance of probabilities on issues such as whether the accused was responsible for the confinement of 8,716 Jews, whether he was responsible for loading these people into the boxcars and whether the actions were inhumane in the sense that they constituted acts of persecution or discrimination against an identifiable group. The trial judge would also be required to make a decision with respect to the mental element of these offences. It would remain for a jury only to decide whether the accused committed the *actus reus* and had the requisite mental element required for the acts committed to constitute offences under the Canadian *Criminal Code*.

L'appelante soutient que le juge du procès serait appelé à se prononcer selon la prépondérance des probabilités sur des questions comme celle de savoir si l'accusé était responsable de la séquestration de 8 716 Juifs, s'il était responsable du chargement de ces personnes dans les wagons et si les actions étaient inhumaines en ce qu'elles constituaient des actes de persécution ou de discrimination à l'égard d'un groupe identifiable. Le juge du procès serait également tenu de prendre une décision relativement à l'élément moral de ces infractions. Il ne resterait au jury qu'à décider si l'accusé a commis l'acte répréhensible et s'il avait l'intention coupable requise pour que les actes commis constituent des infractions au *Code criminel* canadien.

This cannot be correct. It is readily apparent that the jury could find that the accused was guilty of manslaughter and yet have reasonable doubts as to whether his actions and state of mind were such that his actions amounted to crimes against humanity or war crimes. If the appellant's submission were accepted, the jury would nonetheless be forced to convict. This would result in a denial both of the accused's right to have the essential

Cette prétention ne peut être juste. Il est manifestement évident que le jury pouvait conclure que l'accusé était coupable d'homicide involontaire coupable et avoir en même temps des doutes raisonnables quant à savoir si ses actes et son état d'esprit étaient tels que ses actions équivalaient à des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre. Si la prétention de l'appelante était acceptée, le jury serait néanmoins contraint de le décla-

element of the charges against him proven beyond a reasonable doubt and of his right to have his guilt or innocence determined by a jury.

(i) Summary of Jurisdiction

Canadian courts have jurisdiction to try individuals living in Canada for crimes which they allegedly committed on foreign soil only when the conditions specified in s. 7(3.71) are satisfied. The most important of those requirements, for the purposes of the present case, is that the alleged crime must constitute a war crime or a crime against humanity. It is thus the nature of the act committed that is of crucial importance in the determination of jurisdiction. Canadian courts may not prosecute an ordinary offence that has occurred in a foreign jurisdiction. The only reason Canadian courts can prosecute individuals such as Imre Finta is because the acts he is alleged to have committed are viewed as being war crimes or crimes against humanity. As Cherif Bassiouni has very properly observed, a war crime or a crime against humanity is not the same as a domestic offence. (See M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law* (1992).) There are fundamentally important additional elements involved in a war crime or a crime against humanity.

(2) *The Requisite Elements of the Crime Described by Section 7(3.71)*

(i) The Physical Elements or *Actus Reus*

The operative part of s. 7(3.71) is as follows:

7. . . .

(3.71) Notwithstanding anything in this Act or any other Act, every person who, either before or after the coming into force of this subsection, commits an act or omission outside Canada that constitutes a war crime or a crime against humanity and that, if committed in Canada, would constitute an offence against the laws of Canada in force at the time of the act or omission shall be deemed to commit that act or omission in Canada at that time if,

rer coupable. Cela priverait l'accusé du droit à ce que l'élément essentiel des accusations portées contre lui soit établi hors de tout doute raisonnable et de son droit à ce que sa culpabilité ou son innocence soient déterminés par le jury.

(i) Résumé de la compétence

Les tribunaux canadiens ne sont compétents pour juger des personnes qui vivent au Canada relativement à des crimes qu'ils auraient commis en pays étranger que si les conditions précisées au par. 7(3.71) sont remplies. La plus importante de ces conditions pour les fins de la présente affaire est que le crime reproché doit constituer un crime de guerre ou un crime contre l'humanité. C'est donc la nature de l'acte commis qui est d'importance primordiale dans la détermination de la compétence. Les tribunaux canadiens ne peuvent juger un individu relativement à une infraction ordinaire commise à l'étranger. Ils ne peuvent juger des personnes comme Imre Finta que parce que les actes qu'il aurait commis sont qualifiés de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité. Comme Cherif Bassiouni l'a à juste titre remarqué, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité n'est pas la même chose qu'une infraction de droit interne. (Voir M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law* (1992).) Le crime de guerre et le crime contre l'humanité mettent en cause d'autres éléments fondamentalement importants.

(2) *Les éléments requis relativement au crime décrit au par. 7(3.71)*

(i) Les éléments matériels ou *actus reus*

La partie clé du par. 7(3.71) prévoit:

7. . . .

(3.71) Nonobstant les autres dispositions de la présente loi et par dérogation à toute autre loi, l'auteur d'un fait — acte ou omission — commis à l'étranger même avant l'entrée en vigueur du présent paragraphe, constituant un crime de guerre ou un crime contre l'humanité et qui aurait constitué, au Canada, une infraction au droit canadien en son état à l'époque de la perpétration, est réputé avoir commis le fait au Canada à cette époque si l'une des conditions suivantes est remplie:

It can be seen that the accused, in order to be convicted, must have committed an act that constituted a war crime or a crime against humanity and that the same act would constitute an offence against the laws of Canada in force at the time the act was committed. An integral part of the crime and an essential element of the offence is that it constitutes a crime against humanity. In the mind of the public those persons indicted for having committed crimes against humanity or war crimes stand charged with committing offences so grave that they shock the conscience of all right-thinking people. The stigma that must attach to a conviction for such a crime is overwhelming. Society simply cannot tolerate the commission of such crimes. As well, the nature of the penalty for committing a crime against humanity must be more severe than would be the punishment for an act of robbery, confinement or manslaughter committed in Canada.

Pour qu'il soit déclaré coupable, l'accusé doit donc avoir commis un acte qui constituait à la fois un crime de guerre ou un crime contre l'humanité et aurait constitué une infraction aux lois du Canada en vigueur à l'époque de sa perpétration. Qu'il représente un crime contre l'humanité fait partie intégrante du crime et constitue un élément essentiel de l'infraction. Dans l'esprit du public, les individus inculpés de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre sont accusés d'avoir commis des infractions si graves qu'elles choquent la conscience des gens sensés. Les stigmates rattachés à la déclaration de culpabilité relativement à ce crime sont accablants. La société ne peut tout simplement pas en tolérer la perpétration. De même, la nature de la peine rattachée à la perpétration d'un crime contre l'humanité doit être plus sévère que ne le serait la peine rattachée au vol qualifié, à la séquestration ou à l'homicide involontaire coupable commis au Canada.

What are the additional elements of a crime against humanity or a war crime that distinguish these crimes from other domestic offences such as manslaughter or robbery? Part of the answer to this question is found in the definition of the two terms in s. 7(3.76) of the *Criminal Code*. They are as follows:

Quels sont donc les éléments spécifiques au crime contre l'humanité ou au crime de guerre qui distinguent ceux-ci des autres infractions de droit interne, comme l'homicide involontaire coupable ou le vol qualifié? Une partie de la réponse se trouve dans la définition des deux termes au par. 7(3.76) du *Code criminel*:

7. . . .

(3.76) . . .

"crime against humanity" means murder, extermination, enslavement, deportation, persecution or any other inhumane act or omission that is committed against any civilian population or any identifiable group of persons, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission, and that, at that time and in that place, constitutes a contravention of customary international law or conventional international law or is criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations;

"war crime" means an act or omission that is committed during an international armed conflict, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission, and that, at that time and in that place, constitutes a contravention

7. . . .

(3.76) . . .

«crime contre l'humanité» Assassinat, extermination, réduction en esclavage, déportation, persécution ou autre fait — acte ou omission — inhumain d'une part, commis contre une population civile ou un groupe identifiable de personnes — qu'il ait ou non constitué une transgression du droit en vigueur à l'époque et au lieu de la perpétration — et d'autre part, soit constituant, à l'époque et dans ce lieu, une transgression du droit international coutumier ou conventionnel, soit ayant un caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations.

«crime de guerre» Fait — acte ou omission — commis au cours d'un conflit armé international — qu'il ait ou non constitué une transgression du droit en vigueur à l'époque et au lieu de la perpétration — et constituant, à l'époque et dans ce lieu, une transgression du

of the customary international law or conventional international law applicable in international armed conflicts. [Emphasis added.]

Thus, with respect to crimes against humanity the additional element is that the inhumane acts were based on discrimination against or the persecution of an identifiable group of people. With respect to war crimes, the additional element is that the actions constitute a violation of the laws of armed conflict. These elements must be established both in order for a Canadian court to have the jurisdiction to try the accused and in order to convict the accused of the offence.

(ii) The Mental Element or *Mens Rea*

The "international element" of the s. 7(3.71) offences is not comprised solely of the *actus reus* or of the physical quality of the actions. Canada acquires jurisdiction over actions performed in foreign territory only when those actions reach the level of an international crime or when they are "criminal" according to the general principles of international law. A crime is comprised of both a physical and a mental element. As was noted by the majority of the Court of Appeal in the present case, the definitions of war crimes and crimes against humanity found in s. 7(3.76) do not expressly define the mental state which must accompany the facts or circumstances that bring an act within the definition of a war crime or a crime against humanity. Thus, a mental element must be read into those definitions. Indeed, it is now trite law that *mens rea* has been elevated from a presumed element in offences (*R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299), to a constitutionally required element (*R. v. Vaillancourt, supra*). Proof of this mental element is an integral part of determining whether the offences committed amount to a war crime or a crime against humanity and thus, whether the court has jurisdiction to try the case.

The appellant contends that the deeming mechanism in the *Code* provision presently under consideration is such that an accused charged under s. 7(3.71) may be found guilty not of "war crimes" or

droit international coutumier ou conventionnel applicable à de tels conflits. [Je souligne.]

Ainsi, l'élément spécifique du crime contre l'humanité tient au fait que les actes inhumains aient été motivés par la discrimination à l'égard d'un groupe identifiable ou par la persécution de ce dernier. L'élément spécifique du crime de guerre tient au fait que les actes violent les lois en matière de conflit armé. Dans les deux cas, les tribunaux canadiens ne seront compétents pour juger l'accusé et l'accusé ne sera déclaré coupable d'avoir commis l'infraction que si ces éléments sont établis.

(ii) L'élément moral ou *mens rea*

L'«aspect international» des infractions visées au par. 7(3.71) ne tient pas uniquement à l'*actus reus* ou à la qualité physique des actes. Le Canada acquiert la compétence à l'égard des actes commis à l'étranger uniquement si ceux-ci revêtent le caractère d'un crime international ou s'ils sont «criminels» selon les principes généraux du droit international. Un crime se compose à la fois d'un élément matériel et d'un élément moral. Comme l'a noté la Cour d'appel à la majorité en l'espèce, les définitions de crime de guerre et de crime contre l'humanité énoncées au par. 7(3.76) ne précisent pas expressément l'état d'esprit qui doit s'ajouter aux faits ou circonstances en raison desquels un acte est visé par ces définitions. Il faut donc, par interprétation, y introduire un élément moral. En effet, il est maintenant bien établi en droit que, d'élément présumé des infractions qu'elle était (*R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299), la *mens rea* est maintenant un élément requis sur le plan constitutionnel (*R. c. Vaillancourt*, précité). La preuve de cet élément moral fait partie intégrante de la tâche qui consiste à déterminer si les infractions commises constituent un crime de guerre ou un crime contre l'humanité et, par conséquent, si le tribunal est compétent pour entendre l'affaire.

L'appelante soutient que le mécanisme déterminatif de la disposition du *Code* en cause en l'espèce est tel que l'individu accusé aux termes du par. 7(3.71) peut être déclaré coupable non pas de

"crimes against humanity" but of "ordinary" *Code* offences such as manslaughter, confinement or robbery. It is further argued that proof of the *mens rea* with respect to the domestic offences provides the element of personal fault required for offences under s. 7(3.71). Thus, it is submitted, proof of further moral culpability is not required, since once the necessary *mens rea* to confine forcibly, rob or commit manslaughter has been proved, it becomes impossible to maintain that the accused was morally innocent.

I cannot accept that argument. What distinguishes a crime against humanity from any other criminal offence under the Canadian *Criminal Code* is that the cruel and terrible actions which are essential elements of the offence were undertaken in pursuance of a policy of discrimination or persecution of an identifiable group or race. With respect to war crimes, the distinguishing feature is that the terrible actions constituted a violation of the laws of war. Although the term laws of war may appear to be an oxymoron, such laws do exist. War crimes, like crimes against humanity, shock the conscience of all right-thinking people. The offences described in s. 7(3.71) are thus very different from and far more grievous than any of the underlying offences.

For example, it cannot be denied that the crimes against humanity alleged in this case, which resulted in the cruel killing of thousands of people, are far more grievous than occasioning the death of a single person by an act which constitutes manslaughter in Canada. To be involved in the confinement, robbing and killing of thousands of people belonging to an identifiable group must, in any view of morality or criminality, be more serious than even the commission of an act which would constitute murder in Canada.

Therefore, while the underlying offences may constitute a base level of moral culpability, Parliament has added a further measure of blameworthiness by requiring that the act or omission consti-

«crimes de guerre» ou de «crimes contre l'humanité», mais d'infractions «ordinaires» prévues au *Code*, tel l'homicide involontaire coupable, la séquestration ou le vol qualifié. Elle soutient en outre que la preuve de la *mens rea* relative aux infractions de droit interne fournit l'élément de faute personnelle requis quant aux infractions visées au par. 7(3.71). Ainsi, soutient-elle, il n'est pas nécessaire de faire la preuve d'une culpabilité morale supplémentaire puisque, si la *mens rea* requise pour l'infraction de séquestration, de vol qualifié ou d'homicide involontaire coupable est établie, on ne saurait soutenir que l'accusé est moralement innocent.

Je ne peux retenir cet argument. Le crime contre l'humanité se distingue de toute autre infraction criminelle prévue au *Code criminel* canadien du fait que les actes cruels et atroces, qui sont des éléments essentiels de l'infraction, ont été commis dans la poursuite d'une politique de discrimination ou de persécution à l'égard d'un groupe ou d'un peuple identifiable. Les crimes de guerre se distinguent quant à eux du fait que les actes atroces violent les lois de la guerre. Même si cette expression peut être qualifiée d'oxymoron, de telles lois existent effectivement. Les crimes de guerre, comme les crimes contre l'humanité, choquent la conscience des gens sensés. Les infractions décrites au par. 7(3.71) sont donc fort différentes des infractions sous-jacentes, et beaucoup plus graves.

Par exemple, on ne saurait nier que les crimes contre l'humanité reprochés en l'espèce, qui ont entraîné le meurtre cruel de milliers de personnes, sont beaucoup plus graves que le fait de causer la mort d'une seule personne par un acte qui constitue un homicide involontaire coupable au Canada. La participation à la séquestration, au vol et au meurtre de milliers de personnes appartenant à un groupe identifiable doit, quelle que soit l'idée qu'on se fait de la moralité ou de la criminalité, être plus grave que même la perpétration d'un acte qui constituerait un meurtre au Canada.

Par conséquent, si les infractions sous-jacentes peuvent constituer un fondement de culpabilité morale, le législateur a exigé un élément supplémentaire de culpabilité en requérant que l'acte ou

tute a crime against humanity or a war crime. If the jury is not satisfied that this additional element of culpability has been established beyond a reasonable doubt, then the accused cannot be found guilty of a war crime or a crime against humanity.

In *R. v. Vaillancourt*, *supra*, this Court held that there are certain crimes where, because of the special nature of the available penalties or of the stigma attached to a conviction, the principles of fundamental justice require a mental blameworthiness or a *mens rea* reflecting the particular nature of that crime. It follows that the question which must be answered is not simply whether the accused is morally innocent, but rather, whether the conduct is sufficiently blameworthy to merit the punishment and stigma that will ensue upon conviction for that particular offence. In the present case there must be taken into account not only the stigma and punishment that will result upon a conviction for the domestic offence, but also the additional stigma and opprobrium that will be suffered by an individual whose conduct has been held to constitute crimes against humanity or war crimes. In reality, upon conviction, the accused will be labelled a war criminal and will suffer the particularly heavy public opprobrium that is reserved for these offences. Further the sentence which will follow upon conviction will reflect the high degree of moral outrage that society very properly feels toward those convicted of these crimes.

In *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, I suggested the contextual approach for the determination of the appropriate level of fault required for a given offence. The offence must be viewed in the context of the objectives which Parliament attempted to achieve in enacting the provision as well as the competing interests of the individual accused. I think that the context in which the offence or offences are committed must also be taken into account in assigning the appropriate *mens rea* or mental element to the offence.

l'omission constituent un crime contre l'humanité ou un crime de guerre. S'il n'est pas convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de cet élément supplémentaire de culpabilité, le jury ne peut déclarer l'accusé coupable d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité.

Dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, précité, notre Cour a conclu qu'il existait des crimes relativement auxquels, en raison des peines qui peuvent être imposées ou de la nature spéciale des stigmates causés par une déclaration de culpabilité, les principes de justice fondamentale exigent une culpabilité morale ou une *mens rea* qui reflète la nature particulière de ce crime. Par conséquent, il ne s'agit pas uniquement de savoir si l'accusé est moralement innocent, mais plutôt si son comportement est suffisamment blâmable pour justifier la peine et les stigmates rattachés à une déclaration de culpabilité pour cette infraction particulière. En l'espèce, il y a lieu de tenir compte non seulement des stigmates et de la peine qui découleront de la déclaration de culpabilité de l'infraction de droit interne, mais également des stigmates et de l'opprobre qui accableront l'individu dont les actes ont été qualifiés de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre. En réalité, dès qu'il est déclaré coupable, l'accusé est catalogué comme criminel de guerre et il subit l'opprobre particulièrement marqué que la société réserve aux auteurs de ces infractions. En outre, la peine rattachée à la déclaration de culpabilité reflétera l'outrage moral extrême que ressent non sans raison la société à l'égard de ceux qui sont reconnus coupables d'avoir commis ces crimes.

Dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, j'ai proposé l'utilisation d'une méthode contextuelle pour déterminer le degré approprié de faute requis relativement à une infraction donnée. L'infraction doit être examinée dans le contexte des objectifs que le législateur s'est fixés en adoptant la disposition de même que des intérêts concurrents de l'individu inculpé. J'estime également nécessaire de tenir compte du contexte dans lequel les infractions sont commises pour établir, relativement à l'infraction, la *mens rea* ou l'élément moral requis.

What was the aim of Parliament in passing the section? It was passed following the receipt of the Deschênes Commission Report. In the Parliamentary debates following the tabling of the report, the Minister of Justice observed that Canadians would never be satisfied with the notion that individuals guilty of war crimes during World War II should find a safe haven in Canada.

There can be no doubt that Canadians were revolted by the suffering inflicted upon millions of innocent people. It seems that the section was passed to bring to trial those who inflicted death and cruel suffering in a knowing, pre-meditated, calculated way. The essential quality of a war crime or a crime against humanity is that the accused must be aware of or wilfully blind to the fact that he or she is inflicting untold misery on his victims.

The requisite mental element of a war crime or a crime against humanity should be based on a subjective test. I reach this conclusion for a number of reasons. First, the crime itself must be considered in context. Such crimes are usually committed during a time of war. Wars are concerned with death and destruction. Sweet reason is often among the first victims. The manipulation of emotions, often by the dissemination of false information and propaganda, is part and parcel of the terrible tapestry of war. False information and slanted reporting is so predominant that it cannot be automatically assumed that persons in units such as the Gendarmerie would really know that they were part of a plot to exterminate an entire race of people.

It cannot be forgotten that the Hungarian people were loyal to the axis cause. There was strong pro-German sentiment throughout the country. This was a time of great stress and anxiety as the Russian advance pushed back the German armies towards the borders of Hungary. A newspaper report of the time presented at the trial may give some indication of the feelings of the Hungarian people:

Quel était l'objectif du législateur lorsqu'il a adopté la disposition? Celle-ci a été adoptée à la suite de la réception du Rapport de la Commission Deschênes. Au cours des débats parlementaires qui ont suivi le dépôt du rapport, le ministre de la Justice a fait remarquer que les Canadiens n'accepteraient jamais que des individus coupables de crimes de guerre au cours de la Seconde Guerre mondiale trouvent asile au Canada.

Il ne fait aucun doute que les Canadiens ont été révoltés par les souffrances infligées à des millions de personnes innocentes. Il semble que la disposition a été adoptée afin de pouvoir juger ceux qui ont infligé la mort et des souffrances cruelles d'une façon consciente, préméditée et calculée. La qualité essentielle du crime de guerre ou du crime contre l'humanité tient à ce que l'accusé doit savoir qu'il inflige un supplice inouï à ses victimes ou n'en tenir volontairement aucun compte.

L'élément moral requis pour un crime de guerre ou un crime contre l'humanité devrait à mon avis relever d'un critère subjectif et ce, pour plusieurs raisons. D'une part, le crime lui-même doit être examiné dans son contexte. Ces crimes sont généralement commis en temps de guerre, et les guerres impliquent mort et destruction. Le simple bon sens compte souvent parmi les premières victimes. La manipulation des sentiments, souvent par la diffusion de faux renseignements et de propagande, forme l'horrible toile de fond de la guerre. Les faux renseignements et les reportages biaisés prédominent à un point tel qu'on ne peut automatiquement présumer que les membres d'organismes comme la Gendarmerie savaient vraiment qu'ils faisaient partie d'un complot visant à exterminer un peuple entier.

On ne peut oublier que les Hongrois étaient loyaux à la cause des pays de l'Axe. Leur pays était imprégné d'un profond sentiment pro-allemand. Le stress et l'appréhension étaient à leur paroxysme quand l'avance des Russes a fait reculer les armées allemandes vers les frontières de la Hongrie. Un article publié dans un journal à l'époque et présenté au procès reflète les sentiments qui animaient les Hongrois:

With the war, the front line nearing our borders, the Jewish problem is becoming more and more acute .... this country, girding itself for self-defence, possibly with German help, the internal situation of eight to nine hundred thousand Jews of basically hostile attitude to our military objectives demands new and effective measures ....

In his policy-making speech, the Prime Minister expressively stated that the only way open to us in solving the Jewish problem is the deportation.

(*Szegedi uj Nemzedék*, April 9, 1944.)

Section 7(3.71) cannot be aimed at those who killed in the heat of battle or in the defence of their country. It is aimed at those who inflicted immense suffering with foresight and calculated malevolence.

What then is the nature of a war crime or inhumane act? In addition to the definition provided by the *Code* itself, the trial judge in this case gave the following definition of an inhumane act to the jury:

Inhumane. Inhuman, uncivilized. Not humane; destitute of compassion for suffering.

Inhumanity. The quality of being inhuman or inhumane; want of human feeling; brutality; barbarous cruelty.

Inhuman. Not having the qualities proper or natural to a human being; especially destitute of natural kindness or pity; brutal, unfeeling.

Brutal; barbarous; cruel.

The trial judge added to his comments that "Inhumanity in this context means some kind of treatment that is unnecessarily harsh in the circumstances". He explained to the jury that one of the ways that the domestic offences of kidnapping, confinement, and robbery could achieve the level of a crime against humanity was if the acts could be considered to be inhumane.

In my view, this is an appropriate characterization which emphasizes that for example robbery,

[TRADUCTION] La guerre et la ligne de front qui approche nos frontières intensifient le problème juif [. . .] notre pays, qui s'apprête à se défendre, peut-être avec l'aide des Allemands, et la situation interne des huit ou neuf cent mille Juifs essentiellement hostiles à nos objectifs militaires, nécessitent l'adoption de nouvelles mesures efficaces ...

Dans un discours visant à faire part de ses politiques, le premier ministre a expressément déclaré que la seule façon de régler le problème juif était la déportation.

(*Szegedi uj Nemzedék*, 9 avril 1944.)

Le paragraphe 7(3.71) ne peut viser ceux qui ont tué dans le feu de la bataille ou en défendant leur pays. Il vise ceux qui ont infligé des souffrances terribles dans un but précis et avec une malveillance calculée.

Quelle est donc la nature du crime de guerre ou de l'acte inhumain? En plus de la définition énoncée au *Code* même, le juge du procès en l'espèce a donné au jury la définition suivante de l'acte inhumain:

[TRADUCTION] Inhumain (*inhumane*). Inhumain, barbare. Non humain; dépourvu de compassion à l'égard de la souffrance.

Inhumanité. Le fait d'être inhumain. Absence de sentiment humain; brutalité; cruauté barbare.

Inhumain (*inhuman*). Dénué des qualités propres ou naturelles à l'être humain; particulièrement dépourvu de gentillesse naturelle ou de compassion; brutal, impitoyable.

Brutal; barbare; cruel.

Le juge du procès a ajouté à ses commentaires que [TRADUCTION] «[d]ans le présent contexte, l'inhumanité signifie une forme de traitement inutilement dur dans les circonstances». Il a expliqué au jury que les infractions de droit interne d'enlèvement, de séquestration et de vol qualifié pourraient revêtir la nature du crime contre l'humanité notamment si les actes pouvaient être qualifiés d'inhumains.

À mon avis, il s'agit là d'une qualification appropriée qui souligne que, le vol qualifié par

without the additional component of barbarous cruelty is not a crime against humanity. It cannot be inferred that someone who robs civilians of their valuables during a war has thereby committed a crime against humanity. To convict someone of an offence when it has not been established beyond a reasonable doubt that he or she was aware of conditions that would bring to his or her actions that requisite added dimension of cruelty and barbarism violates the principles of fundamental justice. The degree of moral turpitude that attaches to crimes against humanity and war crimes must exceed that of the domestic offences of manslaughter or robbery. It follows that the accused must be aware of the conditions which render his or her actions more blameworthy than the domestic offence.

exemple, sans l'élément additionnel de cruauté barbare, n'est pas un crime contre l'humanité. On ne saurait en effet présumer que celui qui a dépossédé des civils de leurs biens de valeur au cours de la guerre a de ce fait commis un crime contre l'humanité. Déclarer quelqu'un coupable d'une infraction alors qu'il n'a pas été établi hors de tout doute raisonnable qu'il connaissait l'existence de conditions donnant à ses actions cette autre dimension requise de cruauté et de barbarisme viole les principes de justice fondamentale. Le degré de turpitude morale qui se greffe aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre doit excéder celui des infractions de droit interne d'homicide involontaire coupable ou de vol qualifié. L'accusé doit donc être conscient des conditions qui rendent ses actes plus blâmables que l'infraction de droit interne.

I find support for this position in decisions of this Court relating to the constitutional requirements for *mens rea*. In *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, the Court struck down s. 213(*a*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. This section provided that the offence of murder would be committed in circumstances where a person caused the death of another while committing or attempting to commit certain named offences, and meant to cause bodily harm for the purpose of committing the underlying offence or to facilitate flight after committing the offence. Murder was deemed to have been committed regardless of whether the person meant to cause death and regardless of whether that person knew that death was likely to result from his or her actions. The majority of the Court (*per* Lamer C.J.) affirmed that in order to secure a conviction for murder, the principles of fundamental justice required subjective foresight of the consequences of death. As was noted in *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944, while it is not a principle of fundamental justice that fault or *mens rea* must be proved as to each separate element of the offence, there must be a meaningful mental element demonstrated relating to a culpable aspect of the *actus reus*. See also: *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906.

Certaines décisions de notre Cour relatives aux exigences constitutionnelles de *mens rea* appuient cette position. Dans l'arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 S.R.C. 633, la Cour a annulé l'al. 213*a*) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Cet alinéa prévoyait que l'infraction de meurtre était commise lorsqu'une personne causait la mort d'un être humain pendant qu'elle commettait ou tentait de commettre une des infractions énumérées et qu'elle avait l'intention de causer des lésions corporelles aux fins de commettre l'infraction sous-jacente ou de faciliter sa fuite après avoir commis l'infraction. Le meurtre était présumé avoir été commis, que l'auteur ait ou non eu l'intention de causer la mort et qu'il ait ou non su que la mort d'un être humain en résulterait vraisemblablement. La Cour à la majorité (le juge en chef Lamer) a affirmé que, pour qu'une personne puisse être déclarée coupable de meurtre, il faut, selon les principes de justice fondamentale, qu'elle ait prévu subjectivement la mort. Comme on l'a signalé dans l'arrêt *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, bien que les principes de justice fondamentale n'exigent pas que la faute ou la *mens rea* soit établie à l'égard de chacun des éléments de l'infraction, un élément moral déterminé est requis à l'égard d'un aspect coupable de l'*actus reus*. Voir également: *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906.

These cases make it clear that in order to constitute a crime against humanity or a war crime, there must be an element of subjective knowledge on the part of the accused of the factual conditions which render the actions a crime against humanity.

Il ressort clairement de ces affaires que les crimes contre l'humanité ou les crimes de guerre nécessitent chez l'accusé un élément de connaissance subjective des conditions factuelles qui font de ses actes des crimes contre l'humanité.

Thus, for all of the reasons set out earlier, I am in agreement with the majority of the Court of Appeal's assessment that the mental element of a crime against humanity must involve an awareness of the facts or circumstances which would bring the acts within the definition of a crime against humanity. However, I emphasize it is not necessary to establish that the accused knew that his or her actions were inhumane. As the majority stated at p. 116:

Par conséquent, pour tous les motifs exposés précédemment, je souscris à la conclusion de la Cour d'appel à la majorité que l'élément moral d'un crime contre l'humanité doit comporter une connaissance des faits ou des circonstances qui entraîneraient les actes dans la sphère d'un crime contre l'humanité. Toutefois, je souligne qu'il n'est pas nécessaire d'établir que l'accusé savait que ses actes étaient inhumains. Comme la majorité l'a exprimé à la p. 116:

> ... if the jury accepted the evidence of the various witnesses who described the conditions in the boxcars which transported the Jews away from Szeged, the jury would have no difficulty concluding that the treatment was "inhumane" within the definition of that word supplied by the trial judge. The jury would then have to determine whether Finta was aware of those conditions. If the jury decided that he was aware of the relevant conditions, the knowledge requirement was established regardless of whether Finta believed those conditions to be inhumane.

> [TRADUCTION] ... s'il acceptait le témoignage des divers témoins qui ont décrit les conditions dans les wagons transportant les Juifs à partir de Szeged, le jury n'aurait aucune difficulté à conclure que le traitement était «inhumain» au sens de la définition donnée par le juge du procès. Le jury aurait alors à déterminer si Finta connaissait ces conditions. Si le jury décidait qu'il les connaissait effectivement, l'exigence en matière de connaissance était établie, que Finta ait cru ou non que ces conditions étaient inhumaines.

Similarly, for war crimes, the Crown would have to establish that the accused knew or was aware of the facts or circumstances that brought his or her actions within the definition of a war crime. That is to say the accused would have to be aware that the facts or circumstances of his or her actions were such that, viewed objectively, they would shock the conscience of all right-thinking people.

De même, en ce qui concerne les crimes de guerre, le ministère public aurait le fardeau d'établir que l'accusé connaissait les faits ou circonstances qui faisaient que ses actes étaient visés par la définition de crime de guerre ou en était conscient. En d'autres termes, il faudrait que l'accusé soit conscient que les faits et circonstances de ses actions étaient tels que, considérés objectivement, ils choqueraient la conscience de tous les gens sensés.

Alternatively, the *mens rea* requirement of both crimes against humanity and war crimes would be met if it were established that the accused was wilfully blind to the facts or circumstances that would bring his or her actions within the provisions of these offences.

Subsidiairement, l'exigence relative à la *mens rea* des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre sera remplie s'il est établi que l'accusé a volontairement fermé les yeux sur les faits ou circonstances en raison desquels ses actions sont visées par les dispositions prévoyant ces infractions.

(iii) Summary of the Elements of the Offence Described in s. 7(3.71): The Integral Aspects of the Section

The wording of the section, the stigma and consequences that would flow from a conviction all indicate that the Crown must establish that the accused committed a war crime or a crime against humanity. This is an integral and essential aspect of the offence. It is not sufficient simply to prove that the offence committed in Canada would constitute robbery, forcible confinement or manslaughter. An added element of inhumanity must be demonstrated to warrant a conviction under this section. The mental element required to be proven to constitute a crime against humanity is that the accused was aware of or wilfully blind to facts or circumstances which would bring his or her acts within the definition of a crime against humanity. However it would not be necessary to establish that the accused knew that his or her actions were inhumane. For example, if the jury was satisfied that Finta was aware of the conditions within the boxcars, that would be sufficient to convict him of crimes against humanity even though he did not know that his actions in loading the people into those boxcars were inhumane.

Similarly for war crimes the Crown would have to establish that the accused knew or was aware of facts that brought his or her action within the definition of war crimes, or was wilfully blind to those facts. It would not be necessary to prove that the accused actually knew that his or her acts constituted war crimes. Those then are the requisite elements of the offence and the mental element required to establish it.

(iv) Did the Trial Judge Err in his Charge Regarding the Requisite Mental Element?

The appellant concedes that the trial judge correctly instructed the jury on the mental element of the offences at various points in his charge. How-

(iii) Résumé des éléments de l'infraction prévue au par. 7(3.71): Les aspects intégraux de l'article

Le libellé du paragraphe, ainsi que les stigmates et les conséquences qui découleraient d'une déclaration de culpabilité indiquent tous que le ministère public doit établir que l'accusé a commis un crime de guerre ou un crime contre l'humanité. Il s'agit là d'un aspect intégral et essentiel de l'infraction. Il ne suffit pas de démontrer simplement que l'infraction commise au Canada constituerait un vol qualifié, une séquestration ou un homicide involontaire coupable. Il faut établir un élément supplémentaire d'inhumanité pour justifier une déclaration de culpabilité en vertu de ce paragraphe. L'élément moral dont il faut faire la preuve pour qu'il s'agisse d'un crime contre l'humanité est que l'accusé connaissait les faits ou les circonstances qui font de ses actes des actes visés par la définition de crime contre l'humanité, ou qu'il n'en n'a volontairement tenu aucun compte. Il ne serait toutefois pas nécessaire d'établir que l'accusé savait que ses actions étaient inhumaines. Ainsi, s'il était convaincu que Finta connaissait les conditions dans les wagons, le jury pourrait le déclarer coupable de crimes contre l'humanité même si Finta ne savait pas que le fait d'entasser les gens dans les wagons était inhumain.

De même, pour ce qui est des crimes de guerre, le ministère public serait tenu d'établir que l'accusé avait une connaissance ou une conscience des faits qui faisait que ses actes étaient visés par la définition de crime de guerre, ou qu'il n'en a volontairement tenu aucun compte. Il ne serait pas nécessaire de démontrer que l'accusé savait effectivement que ses actes constituaient des crimes de guerre. Il s'agit donc là des éléments requis de l'infraction et de l'élément moral requis pour établir cette dernière.

(iv) Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans son exposé concernant l'élément moral requis?

L'appelante admet qu'à divers moments dans son exposé le juge du procès a donné des directives appropriées au jury sur l'élément moral des

ever it is contended that these instructions were negated by the frequent occasions in the course of his charge when his words could have conveyed the notion that the Crown must prove that the respondent actually knew his conduct constituted a crime against humanity or a war crime or amounted to an act which came within the definition of a crime against humanity or a war crime.

It is apparent that the trial judge made comments during the course of his very lengthy and complex charge which could have been construed as requiring the Crown to prove that the accused knew that his conduct was inhumane. However the charge included several clear directions as to the correct approach. When the charge is looked at as a whole, it is clear that the trial judge did not misdirect the jury on the issue of *mens rea*. For example, he stated:

> The next item is heading No. 9, the mental element for crimes against humanity and simply the Crown has the duty to beyond a reasonable doubt [*sic*] that the particular offences; robbery, kidnapping, confinement, manslaughter, to the knowledge of the accused had those factual qualities that raise them up to a crime against humanity.
>
> The Crown doesn't have to prove the accused is an international scholar, that he knows the pigeon holes or nooks and crannies of international law. It is sufficient to prove the accused knew his acts had the factual quality of enslavement or persecutorial deportation or racial or religious persecution or inhumanity that raised them up from the level of an ordinary crime to the international level of a crime against humanity.

With respect to proof of the mental element for crimes against humanity, the trial judge instructed the jury that:

> The Crown also has to prove the physical and mental element of war crimes and crimes against humanity beyond a reasonable doubt and that knowledge has to be brought home personally to the accused as a factual quality that what he does is a war crime or crime against humanity, that it has those factual qualities.

infractions. Elle soutient toutefois que ces directives ont été annulées par les nombreux passages où le juge aurait pu donner l'impression que le ministère public devait établir que l'intimé savait en fait que son comportement constituait un crime contre l'humanité ou un crime de guerre ou équivalait à un acte visé par la définition de crime contre l'humanité ou de crime de guerre.

Manifestement, le juge du procès a fait, au cours de son très long et complexe exposé, des commentaires qui auraient pu être interprétés de manière à exiger que le ministère public établisse que l'accusé savait que son comportement était inhumain. Toutefois, l'exposé offrait plusieurs directives claires quant à la bonne approche. L'examen de l'ensemble de l'exposé fait clairement ressortir que, sur la question de la *mens rea*, les directives du juge du procès au jury étaient appropriées. Il a dit, par exemple:

> [TRADUCTION] Le point suivant est la rubrique nº 9, l'élément moral relativement aux crimes contre l'humanité. Le ministère public doit simplement établir hors de tout doute raisonnable que les infractions particulières, soit le vol qualifié, l'enlèvement, la séquestration et l'homicide involontaire coupable, possédaient, à la connaissance de l'accusé, les qualités factuelles les élevant au niveau de crime contre l'humanité.
>
> Le ministère public n'est pas tenu d'établir que l'accusé est un érudit du droit international et qu'il en connaît tous les aspects ou tous les tenants et aboutissants. Il suffit de prouver que l'accusé savait que ses actes avaient la qualité factuelle d'une réduction en esclavage, d'une déportation persécutrice, d'une persécution raciale ou religieuse ou d'une inhumanité qui les érigeait de crimes ordinaires en crimes contre l'humanité au niveau international.

À l'égard de la preuve de l'élément moral des crimes contre l'humanité, le juge a donné les directives suivantes au jury:

> [TRADUCTION] Le ministère public doit également établir hors de tout doute raisonnable l'élément matériel et l'élément moral des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, et il faut que cette connaissance que ses actes constituent un crime de guerre ou un crime contre l'humanité soit attribuée à l'accusé personnellement au niveau de leur qualité sur le plan factuel.

Again, he doesn't have to know the nooks and crannies of international law, just has to know what he is doing has the nature and quality factually that makes it a war crime or crime against humanity. Does he know it is deportation for racial persecution? Does he know it is an inhumane act? Does he know it is ill treatment of the civilian population? In the manner I described.

Here again the trial judge made it clear to the jury that the accused simply needed to be aware of the surrounding factual circumstances and the actions which came within the definition of war crimes. The trial judge correctly instructed the jury that the accused need not know that his actions constituted a crime at international law.

The trial judge on several occasion stressed that the test to be applied was an objective one. For example with regard to deportation he stated:

As to the necessary mental element; the accused must intend to deport within the meaning I gave you for a crime against humanity. Apply to this count the issues as I reviewed them. Is the deportation a reasonable temporary measure for public safety, with the bedding and furniture and so forth stored safely for their return; might the accused honestly think so on reasonable grounds. Or would it be clear to any reasonable person that they were being deported because they were Jews or they were being persecuted under inhumane conditions.

With regard to the taking of property he said this:

The second part of that branch is as I have read it before, has the Crown proved beyond a reasonable doubt any reasonable person in the position of the accused would know that the taking had the factual quality of a crime against humanity (see 5) below and the accused personally as a principal or aider or abettor used violence or threats of violence.

The charge made it very clear that the jury had to decide whether Finta was aware of the circum-

Je le répète, il ne doit pas nécessairement connaître les tenants et les aboutissants du droit international. Il doit uniquement savoir que ses actes ont la nature et la qualité qui, sur le plan factuel, en font des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité. Sait-il qu'il s'agit de déportation motivée par une persécution raciale? Sait-il qu'il s'agit d'un acte inhumain? Sait-il qu'il s'agit d'un mauvais traitement de la population civile? De la façon que j'ai décrite.

Le juge du procès a encore une fois souligné au jury que l'accusé devait simplement être conscient des circonstances factuelles entourant ces actes et des actions visées par la définition de crime de guerre. Le juge du procès a à juste titre dit au jury qu'il n'était pas nécessaire que l'accusé sache que ses actes constituaient un crime en droit international.

Le juge du procès a souligné à maintes reprises qu'il fallait appliquer un critère objectif. Par exemple, en ce qui concerne la déportation, il a dit:

[TRADUCTION] Pour ce qui est de l'élément moral nécessaire, l'accusé doit avoir l'intention de déporter au sens que je vous ai donné pour constituer un crime contre l'humanité. Vous devez appliquer à ce chef d'accusation les questions telles que je les ai analysées. La déportation est-elle une mesure provisoire raisonnable touchant la sécurité publique, la literie, les meubles et autres effets ayant été entreposés en prévision du retour des personnes, si l'accusé avait des motifs raisonnables de le croire sincèrement? Ou bien, serait-il évident aux yeux d'une personne raisonnable qu'ils étaient déportés parce qu'ils étaient Juifs ou qu'ils étaient persécutés dans des conditions inhumaines?

Pour ce qui est de la confiscation des biens, il a dit:

[TRADUCTION] La seconde partie de cet élément, comme je vous l'ai déjà lu, est de savoir si le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable qu'une personne raisonnable dans la situation de l'accusé saurait que la confiscation avait la qualité factuelle d'un crime contre l'humanité (voir le nº 5) ci-dessous et que l'accusé personnellement, fait usage de violence ou de menaces de violence, ou aide ou encourage à commettre ces actes.

Dans son exposé, le juge a bien fait ressortir que le jury devait décider si Finta était conscient des

stances that rendered his actions either a crime against humanity or a war crime, and whether he had the requisite mental element for the domestic offences. The jury must have known that, in order to convict, they had to find that Finta knowingly participated in conduct that reached the level of a war crime or a crime against humanity, and that his level of awareness was such that he could be held personally responsible for the crimes that were committed in Hungary at that time. The trial judge stressed that it was not sufficient that the jurors thought that what had happened constituted a violation of the laws of war or were crimes against humanity. Finta himself had to be aware of those conditions and factual circumstances that raised the crimes to the level of crimes against humanity or war crimes.

circonstances qui faisaient de ses actes soit un crime contre l'humanité soit un crime de guerre, et s'il avait l'élément moral requis quant aux infractions de droit interne. Le jury devait savoir que, pour prononcer une déclaration de culpabilité, il devait conclure que Finta avait consciemment participé à des actes qui revêtaient le caractère d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité, et que ce niveau de conscience était tel que Finta pouvait être tenu personnellement responsable des crimes commis en Hongrie à l'époque en question. Le juge du procès a souligné qu'il ne suffisait pas que les jurés estiment que ce qui s'était produit violait les lois sur la guerre ou constituait un crime contre l'humanité. Finta lui-même devait connaître les conditions et circonstances factuelles qui faisaient de ces crimes des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre.

It should also be noted that the trial judge instructed the jury that they must find that Finta knew or was aware that he was assisting in a policy of persecution. This is part of the factual circumstances that Finta would be required to have known in order for his actions to fall within the definition of crimes against humanity. Although the *Code* does not stipulate that crimes against humanity must contain an element of state action or policy of persecution/discrimination, the expert witness, M. Cherif Bassiouni, testified that at the time the offences were alleged to have been committed, "state action or policy" was a pre-requisite legal element of crimes against humanity. Thus, in my view, the trial judge properly instructed the jury that they had to be satisfied that Finta knew or was aware of the particular factual circumstance which rendered the acts he was alleged to have committed crimes against humanity. The trial judge properly distinguished this factor from motive which, he clearly indicated to the jury, the Crown did not have to establish.

Il y a également lieu de souligner que le juge du procès a signalé au jury qu'il devait conclure que Finta savait ou était conscient qu'il prenait part à une politique de persécution. Il s'agit là d'une composante des circonstances factuelles que Finta serait requis de connaître pour que ses actions relèvent de la définition de crime contre l'humanité. Bien que le *Code* n'édicte pas que les crimes contre l'humanité doivent comporter un élément d'action ou de politique de persécution ou de discrimination par l'État, le témoin expert, M. Cherif Bassiouni, a témoigné qu'à l'époque où les infractions auraient été commises, [TRADUCTION] «l'action ou la politique de l'État» était un élément juridique préalable des crimes contre l'humanité. Ainsi, à mon avis, le juge du procès a eu raison de signaler au jury qu'il devait être convaincu que Finta avait une connaissance ou une conscience de la circonstance factuelle particulière qui faisait des actes qu'on l'accuse d'avoir commis des crimes contre l'humanité. Le juge du procès a à juste titre établi une distinction entre ce facteur et un mobile, que le ministère public, a-t-il précisé clairement au jury, n'est pas tenu d'établir.

The trial judge made every effort to give clear, well-organized instructions to the jury in this long, complex and difficult trial.

Le juge du procès a fait tout son possible pour donner au jury des directives claires et bien structurées dans ce long, complexe et difficile procès.

(3) *The Defences*

Since the integral aspect of the offence is that the crime be against humanity or a war crime, some special defences may be raised with regard to it.

The questions raised with regard to the defences available to the respondent at trial are essentially the following: (1) should the defence of obedience to military orders and the peace officer defence be available to persons accused of offences pursuant to s. 7(3.71); (2) was the trial judge justified in putting the defences of mistake of fact and obedience to superior orders to the jury?

It might be helpful to first consider the defences which may be employed by a person accused of an offence pursuant to s. 7(3.71).

Section 7(3.73) of the *Criminal Code* provides that those accused of crimes pursuant to s. 7(3.71) may avail themselves of all of the defences and excuses under domestic and international law. It reads as follows:

7. . . .

(3.73) In any proceedings under this Act with respect to an act or omission referred to in subsection (3.71), notwithstanding that the act or omission is an offence under the laws of Canada in force at the time of the act or omission, the accused may, subject to subsection 607(6), rely on any justification, excuse or defence available under the laws of Canada or under international law at that time or at the time of the proceedings.

Section 607(6) provides that a person who is alleged to have committed an act or omission outside Canada that is an offence in Canada and in respect of which that person has been tried and convicted outside Canada, may not plead *autrefois convict* under certain specified conditions.

Section 7(3.74) states that a person may be convicted of an offence referred to in s. 7(3.71) even if the act was committed in obedience to or conform-

(3) *Les moyens de défense*

Puisque l'infraction ne sera complète que s'il s'agit d'un crime contre l'humanité ou d'un crime de guerre, certains moyens de défense spéciaux peuvent être invoqués à cet égard.

Les moyens de défense que l'intimé peut invoquer au procès soulèvent essentiellement les questions suivantes: (1) le moyen de défense fondé sur l'obéissance à des ordres militaires et celui de l'agent de la paix devraient-ils pouvoir être invoqués par les personnes accusées d'infractions prévues au par. 7(3.71) et (2) le juge du procès était-il justifié de présenter au jury les moyens de défense d'erreur de fait et d'obéissance aux ordres d'un supérieur?

Il serait peut-être utile de considérer d'abord les moyens de défense que peut invoquer la personne accusée d'une infraction visée au par. 7(3.71).

Le paragraphe 7(3.73) du *Code criminel* prévoit que les personnes accusées de crimes visés au par. 7(3.71) peuvent se prévaloir de tous les moyens de défense et excuses reconnus par le droit national et le droit international. Il est ainsi libellé:

7. . . .

(3.73) Sous réserve du paragraphe 607(6) et bien que le fait visé au paragraphe (3.71) constitue une infraction au droit canadien en son état à l'époque de la perpétration, l'accusé peut, dans le cadre des poursuites intentées sous le régime de la présente loi à l'égard de ce fait, se prévaloir des justifications, excuses ou moyens de défense reconnus à cette époque ou celle du procès par le droit canadien ou le droit international.

Aux termes du par. 607(6), la personne à qui on reproche d'être l'auteur d'un fait — acte ou omission — commis à l'étranger constituant une infraction au Canada, et à l'égard duquel elle a subi un procès et a été reconnue coupable à l'étranger, ne peut invoquer la défense d'autrefois convict dans certains cas précis.

Le paragraphe 7(3.74) prescrit qu'une personne peut être déclarée coupable d'une infraction visée au par. 7(3.71), même si l'acte a été commis en

ity with the law in force at the time and in the place of its commission.

Section 25 of the *Code* provides the accused with a justification for the use of as much force as is necessary to do anything in the administration or enforcement of a law, notwithstanding that the law is defective. It reads as follows:

25. (1) Every one who is required or authorized by law to do anything in the administration or enforcement of the law

(*a*) as a private person,

(*b*) as a peace officer or public officer,

(*c*) in aid of a peace officer or public officer, or

(*d*) by virtue of his office,

is, if he acts on reasonable grounds, justified in doing what he is required or authorized to do and in using as much force as is necessary for that purpose.

(2) Where a person is required or authorized by law to execute a process or to carry out a sentence, that person or any person who assists him is, if that person acts in good faith, justified in executing the process or in carrying out the sentence notwithstanding that the process or sentence is defective or that it was issued or imposed without jurisdiction or in excess of jurisdiction.

(3) Subject to subsection (4), a person is not justified for the purposes of subsection (1) in using force that is intended or is likely to cause death or grievous bodily harm unless he believes on reasonable grounds that it is necessary for the purpose of preserving himself or any one under his protection from death or grievous bodily harm.

(4) A peace officer who is proceeding lawfully to arrest, with or without warrant, any person for an offence for which that person may be arrested without warrant, and every one lawfully assisting the peace officer, is justified, if the person to be arrested takes flight to avoid arrest, in using as much force as is necessary to prevent the escape by flight, unless the escape can be prevented by reasonable means in a less violent manner. [Emphasis added.]

exécution du droit en vigueur à l'époque et au lieu de la perpétration ou en conformité avec ce droit.

L'article 25 du *Code* permet à l'accusé de justifier l'utilisation de toute la force nécessaire pour faire quoi que ce soit dans l'application ou l'exécution de la loi, même si celle-ci est défectueuse. Il prévoit:

25. (1) Quiconque est, par la loi, obligé ou autorisé à faire quoi que ce soit dans l'application ou l'exécution de la loi:

a) soit à titre de particulier;

b) soit à titre d'agent de la paix ou de fonctionnaire public;

c) soit pour venir en aide à un agent de la paix ou à un fonctionnaire public;

d) soit en raison de ses fonctions,

est, s'il agit en s'appuyant sur des motifs raisonnables, fondé à accomplir ce qu'il lui est enjoint ou permis de faire et fondé à employer la force nécessaire pour cette fin.

(2) Lorsqu'une personne est, par la loi, obligée ou autorisée à exécuter un acte judiciaire ou une sentence, cette personne ou toute personne qui l'assiste est, si elle agit de bonne foi, fondée à exécuter l'acte judiciaire ou la sentence, même si ceux-ci sont défectueux ou ont été délivrés sans juridiction ou au-delà de la juridiction.

(3) Sous réserve du paragraphe (4), une personne n'est pas justifiée, pour l'application du paragraphe (1), d'employer la force avec l'intention de causer, ou de nature à causer la mort ou des lésions corporelles graves, à moins qu'elle n'estime, pour des motifs raisonnables, que cette force est nécessaire afin de se protéger elle-même ou de protéger toute autre personne sous sa protection, contre la mort ou contre des lésions corporelles graves.

(4) Un agent de la paix qui procède légalement à l'arrestation, avec ou sans mandat, d'une personne pour une infraction au sujet de laquelle cette personne peut être appréhendée sans mandat, ainsi que toute personne aidant légalement l'agent de la paix, est justifiable, si la personne qui doit être appréhendée s'enfuit afin d'éviter l'arrestation, d'employer la force nécessaire pour empêcher cette fuite, à moins que l'évasion puisse être empêchée par des moyens raisonnables d'une façon moins violente. [Je souligne.]

The peace officer defence, set out above, is similar to the defence of obedience to military orders. The latter defence is recognized by most systems of criminal law. (See, e.g., L. C. Green, "Superior Orders and Command Responsibility" (1989), 27 *Can. Y.B. Int'l L.* 167.) It is based on the well-recognized principle that in both the armed forces and police forces commands from superior officers must be obeyed. It follows that it is not fair to punish members of the military or police officers for obeying and carrying out orders unless the orders were manifestly unlawful. In this case, at the time the offences were allegedly committed this defence would have been available to the respondent and therefore, pursuant to s. 7(3.73) of the *Code*, it was available to him at trial.

Le moyen de défense de l'agent de la paix, énoncé ci-dessus, est semblable au moyen de défense fondé sur l'obéissance à des ordres militaires. Celui-ci est reconnu dans la plupart des systèmes de droit criminel. (Voir, par exemple, L. C. Green, «Superior Orders and Command Responsibility» (1989), 27 *Can. Y.B. Int'l L.* 167.) Il repose sur le principe bien reconnu suivant lequel, tant dans les forces armées que dans les forces policières, les ordres émanant des supérieurs doivent être exécutés. Il n'est donc pas juste de punir les membres des forces armées ou des forces policières qui obéissent aux ordres ou les exécutent à moins que ceux-ci ne soient manifestement illégaux. En l'espèce, à l'époque où les infractions auraient été commises, l'intimé aurait pu se prévaloir de ce moyen de défense. Par conséquent, conformément au par. 7(3.73) du *Code*, il pouvait l'invoquer au procès.

The common law defence of mistake of fact is based on the concept that to have a guilty state of mind, the accused must have knowledge of the factual elements of the crime he is committing. In other words, although an accused may commit a prohibited act, he is generally not guilty of a criminal offence where he is ignorant of or mistaken as to a factual element of the offence. (See for example *R. v. Prue*, [1979] 2 S.C.R. 547.) An accused is deemed to have acted under the state of facts he or she honestly believed to exist when he or she did the act alleged to be a criminal offence. (See *Beaver v. The Queen*, [1957] S.C.R. 531, and *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120.) The trial judge also instructed the jury that this defence was available to the respondent.

La défense d'erreur de fait prévue en common law est fondée sur le concept que, pour avoir un état d'esprit coupable, l'accusé doit connaître les éléments factuels du crime qu'il commet. En d'autres termes, bien qu'il puisse commettre un acte prohibé, l'accusé n'est généralement pas coupable d'une infraction criminelle s'il ignore l'élément factuel de l'infraction ou se méprend à son égard. (Voir par exemple *R. c. Prue*, [1979] 2 R.C.S. 547.) L'accusé est présumé avoir agi dans un contexte factuel qui, croyait-il sincèrement, existait lorsqu'il a commis l'acte qu'on allègue être une infraction criminelle. (Voir *Beaver c. The Queen*, [1957] R.C.S. 531, et *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120.) Le juge du procès a également indiqué au jury que l'intimé pouvait invoquer ce moyen de défense.

(A) Should the Defence of Obedience to Military Orders and the Peace Officer Defence be Available to an Accused Under Section 7(3.71)?

(A) Le moyen de défense fondé sur l'obéissance à des ordres militaires et le moyen de défense de l'agent de la paix devraient-ils pouvoir être invoqués par un accusé sous le régime du par. 7(3.71)?

The appellant argues that neither the international law defence of obedience to superior orders nor the peace officer defence found in s. 25 of the Canadian *Criminal Code* should be available to persons charged with offences under s. 7(3.71). It

L'appelante soutient que ni le moyen de défense de droit international fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur ni le moyen de défense de l'agent de la paix prévu à l'art. 25 du *Code criminel* du Canada ne devraient pouvoir être invoqués

is submitted that, by putting the peace officer and military orders defences to the jury based on Hungarian decrees and orders, the trial judge gave effect to the defence of obedience to the law in force at that time and place. This, it is said, is contrary to Parliament's intention in enacting s. 7(3.74), and contrary to the principle that an accused cannot plead the laws of the state to justify crimes against humanity and war crimes, when those crimes, by their very nature, must be state sponsored. With respect to s. 25 of the *Code* the appellant argues that the trial judge having directed the jury, as a matter of law, that the Baky Order, the anti-Jewish decrees and the train schedule document were unlawful, should have found that the s. 25 defence was inapplicable since the respondent's acts could not be said to be "required or authorized by law" as stipulated in s. 25.

Secondly, the appellant argues, the defence of mistake of fact should not have been put to the jury in conjunction with the defence of obedience to superior orders and the peace officer defence since the question of what the respondent believed is a separate issue going to *mens rea* and is irrelevant to a "positive" defence. Additionally, the appellant contends that by putting the defence of mistake of fact to the jury, the trial judge was actually putting the defence of mistake of law to the jury. This, it is said, violates the presumption of knowledge of the law and requires the Crown to prove that the accused knew that his acts fell within the legal definition of the offence charged.

Finally, the appellant argues that the trial judge misdirected the jury in the manner in which he defined those defences. The trial judge incorporated the component elements of crimes against humanity and war crimes into the definition of the defences. This, the appellant argues, was incorrect.

par les personnes accusées d'infractions visées au par. 7(3.71). Elle soutient qu'en présentant au jury les moyens de défense de l'agent de la paix et de l'obéissance aux ordres militaires fondés sur les décrets et ordonnances hongrois, le juge du procès a ouvert la porte à la défense d'obéissance à la loi en vigueur à l'époque et au lieu concernés. Cela, soutient l'appelante, est contraire à l'intention du législateur lorsqu'il a adopté le par. 7(3.74) et au principe interdisant à l'accusé d'invoquer les lois de l'État pour justifier des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre lorsque, de par leur nature même, ces crimes doivent être autorisés par l'État. En ce qui concerne l'art. 25 du *Code*, l'appelante soutient qu'ayant donné au jury des directives sur des questions de droit, suivant lesquelles le décret de Baky, les décrets antisémites et le document contenant l'horaire des trains étaient illégaux, le juge du procès aurait dû conclure que le moyen de défense fondé sur l'art. 25 était inapplicable puisqu'on ne pouvait soutenir que l'intimé était, aux termes de l'art. 25, «par la loi, obligé ou autorisé» à commettre les actes qu'il a commis.

L'appelante soutient d'autre part que la défense d'erreur de fait n'aurait pas dû être soumise au jury conjointement avec le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur et le moyen de défense de l'agent de la paix puisque la question de savoir ce que l'intimé croyait est une question distincte qui porte sur la *mens rea* et qui n'est pas pertinente aux fins d'un moyen de défense «positif». En outre, l'appelante soutient qu'en présentant la défense d'erreur de fait au jury, le juge du procès lui a en fait présenté la défense d'erreur de droit. Ceci, dit-on, viole la présomption de connaissance de la loi et force le ministère public à établir que l'accusé savait que ses actes étaient visés par la définition de l'infraction reprochée donnée dans la loi.

L'appelante soutient enfin que la manière dont le juge du procès a défini ces moyens de défense au jury constituait une directive erronée. Le juge du procès a intégré dans ces définitions les éléments constitutifs des crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. Il s'agissait, soutient l'appelante, d'une erreur.

At this stage it may be appropriate to consider the history of the defence of obedience to superior orders. Whether obedience to superior orders can shield an offender has been a concern of legal writers for centuries. (See for example: L. C. Green, "Superior Orders and the Reasonable Man", in *Essays on the Modern Law of War* (1985), at pp. 43 and 49.)

(i) *Historical Analysis of the Defence of Obedience to Superior Orders*

Our principles of criminal law often cannot readily be applied to the military. Our ideas of criminal law have evolved slowly. They involve a concept of equality before and under the law. Everyone is entitled to respect, dignity and the integrity of his or her body. Gradually it became accepted that an accused charged with assault was to be held personally responsible for violating the integrity of another human being. It is difficult if not impossible to apply that concept to the military.

The whole concept of military organization is dependent upon instant, unquestioning obedience to the orders of those in authority. Let us accept that the military is designed to protect the physical integrity of a nation, its borders and its people. The orders of the commander in chief must be carried out through the chain of command. The division commanders must carry out the orders of the army commanders. The regimental commanders must carry out the orders of the divisional commanders, the company commanders those of the battalion commanders, and the men in the platoons those of the lieutenant in charge. This requirement of instant obedience to superior order applies right down to the smallest military unit. Military tradition and a prime object of military training is to inculcate in every recruit the necessity to obey orders instantly and unhesitatingly. This is in reality the only way in which a military unit can effectively operate. To enforce the instant carrying out of orders, military discipline is directed at punish-

À ce stade-ci, il convient peut-être d'examiner l'historique du moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur. Les auteurs de doctrine se demandent depuis des siècles si l'obéissance aux ordres d'un supérieur peut protéger l'auteur d'une infraction. (Voir par exemple: L. C. Green, «Superior Orders and the Reasonable Man», dans *Essays on the Modern Law of War* (1985), aux pp. 43 et 49.)

(i) *Analyse historique du moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur*

Il arrive fréquemment que nos principes de droit criminel ne puissent être facilement appliqués au régime militaire. Nos conceptions du droit criminel ont évolué lentement. Suivant ces conceptions, la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous. Chacun a droit au respect, à la dignité et à l'intégrité de sa personne. On en est venu progressivement à admettre que la personne accusée de voies de fait devait être tenue personnellement responsable d'avoir violé l'intégrité d'un autre être humain. Or, il est difficile, voire impossible, d'appliquer ce concept au régime militaire.

Le concept de l'organisation militaire repose entièrement sur l'obéissance immédiate et inconditionnelle aux ordres des détenteurs de l'autorité. Partons du principe que l'organisation militaire est destinée à protéger l'intégrité physique d'une nation, ses frontières et ses citoyens. Les ordres du commandant en chef doivent être exécutés selon la structure hiérarchique. Les commandants de division doivent exécuter les ordres des commandants de l'armée. Les commandants de régiment doivent obéir aux ordres des commandants de division, les commandants de compagnie à ceux des commandants de bataillons, et les soldats à ceux du lieutenant responsable. Cette nécessité d'obéissance immédiate aux ordres d'un supérieur s'applique jusqu'à la plus petite cellule militaire. La tradition militaire et l'un des objectifs primordiaux de l'entraînement militaire est d'inculquer à chaque recrue la nécessité d'obéir aux ordres instantanément et sans hésitation. Il s'agit en réalité de la seule façon pour une unité militaire de fonctionner

ing those who fail to comply with the orders they have received. In action, the lives of every member of a unit may depend upon the instantaneous compliance with orders even though those orders may later, on quiet reflection, appear to have been unnecessarily harsh.

The absolute necessity for the military to rely upon subordinates carrying out orders has, through the centuries, led to the concept that acts done in obedience to military orders will exonerate those who carry them out. The same recognition of the need for soldiers to obey the orders of their commanders has led to the principle that it is the commander who gives the orders who must accept responsibility for the consequences that flow from the carrying out of his or her orders.

Cherif Bassiouni, *supra*, has written on the subject of obedience of the military to orders that they receive in this vein at p. 399:

> . . . throughout the history of military law, obedience to superior orders has been one of the highest duties for the subordinate. This obedience exonerates the subordinate from responsibility because of the command responsibility of the superior who issued the order.
>
> This criminal responsibility attaches to the decision-maker and not to the executor of the order who is exonerated. As a counterpart, the subordinate is expected to obey the orders of a superior. This approach to responsibility is predicated on the assumption that the superior can be deterred from wrongful conduct by the imposition of criminal responsibility for unlawful commands. But when this assumption fails, obviously, the overall approach must be reconsidered.

As the author correctly points out, the military leader's defence of obedience to superior orders has been brushed aside at various times throughout history. This has been done where the crimes committed in obedience to superior orders during hostilities were so atrocious that they exceeded the limits of acceptable military conduct, and shocked the conscience of society.

efficacement. Afin que les ordres soient exécutés instantanément, la discipline militaire punit ceux qui ne respectent pas les ordres reçus. Dans l'action, la vie de chaque membre d'une unité dépend de l'exécution immédiate des ordres même si ceux-ci peuvent paraître, lorsqu'on y réfléchit à tête reposée, avoir été inutilement sévères.

Au fil des siècles, la nécessité absolue pour le régime militaire de pouvoir compter sur l'obéissance des subalternes aux ordres reçus a donné naissance à un concept suivant lequel l'auteur d'un acte accompli conformément à des ordres militaires sera exonéré. La même reconnaissance de la nécessité que les soldats obéissent aux ordres de leurs commandants a engendré le principe suivant lequel le commandant qui donne les ordres assume lui-même la responsabilité des conséquences qui découlent de leur exécution.

Cherif Bassiouni, *op. cit.*, a tenu les propos suivants sur le sujet de l'obéissance à des ordres militaires, à la p. 399:

> [TRADUCTION] . . . dans l'histoire du droit militaire, l'un des plus importants devoirs du subalterne a été d'obéir aux ordres d'un supérieur. Cette obéissance l'exonère de toute responsabilité en raison de la position de commande du supérieur duquel émane l'ordre.
>
> Cette responsabilité criminelle vise celui qui prend la décision et non celui qui l'exécute, lequel est exonéré. En contrepartie, on s'attend à ce que le subalterne obéisse aux ordres des supérieurs. Cette position relativement à la responsabilité est fondée sur la présomption que le supérieur peut être dissuadé d'agir illégalement du fait qu'un ordre illégal entraînera sa responsabilité criminelle. Mais lorsque cette présomption échoue, de toute évidence la position générale doit être revue.

Comme l'auteur le souligne à juste titre, le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur invoqué par le chef de l'armée a été écarté à différents moments de l'histoire. Ce fut le cas lorsque les crimes commis conformément aux ordres d'un supérieur au cours d'hostilités étaient si atroces qu'ils excédaient les limites du comportement militaire acceptable et choquaient la conscience de la société.

Both Green (in "Superior Orders and Command Responsibility", *supra*, at p. 173) and Bassiouni (*supra*, at p. 416) report that one of the first people to assert the defence of superior orders before a tribunal, Peter von Hagenbach, was denied the protection of command responsibility.

Bassiouni, *supra*, writes at p. 416:

> Perhaps the first person to assert the defense of superior orders before a tribunal was Peter von Hagenbach in the year 1474. Charles, the Duke of Burgundy, appointed Hagenbach the Governor (*Landvogt*) of the Upper Rhine, including the fortified town of Breisach. At the behest of Charles, Hagenbach, with the aid of his henchmen, sought to reduce the populace of Breisach to a state of submission by committing such atrocities as murder, rape and illegal confiscation of property. Hagenbach was finally captured and accused of having "trampled under foot the laws of God and man". Hagenbach relied primarily on the defense of "obedience to superior orders". His counsel claimed that Hagenbach "had no right to question the order which he was charged to carry out, and it was his duty to obey. Is it not known that soldiers owe absolute obedience to their superiors?" The Tribunal refused to accept Hagenbach's defense, found him guilty, and sentenced him to death.

See also Georg Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, vol. 2, (1968), at p. 465, and L. C. Green, "Superior Orders and Command Responsibility", *supra*, at p. 173.

In the United States, a significant case was tried during the War of 1812. There was then a divergence of opinion as to necessity of the war. In New England, the United States Navy was not very popular. One day while the ship *Independence* was docked in Boston Harbour, a passerby made some abusive remarks to a marine by the name of Bevans, who was standing guard on the ship. Bevans responded rather violently by driving his bayonet through the man. Bevans was charged with murder and pleaded the defence of obedience to superior orders, claiming that the marines on *Independence* had been ordered to bayonet whomever showed

Green (dans «Superior Orders and Command Responsibility» *loc. cit.*, à la p. 173) et Bassiouni (*op. cit.*, à la p. 416) rapportent tous deux que l'une des premières personnes à invoquer le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur devant un tribunal, Peter von Hagenbach, s'est vu refuser la protection de la responsabilité du commandement.

Bassiouni, *op. cit.*, écrit, à la p. 416:

> [TRADUCTION] La première personne à avoir invoqué devant un tribunal le moyen de défense fondé sur les ordres d'un supérieur est probablement Peter von Hagenbach en l'an 1474. Charles, Duc de Bourgogne, a nommé Hagenbach gouverneur (*Landvogt*) du Haut-Rhin, qui comprend le village fortifié de Brisach. À la demande de Charles, Hagenbach, avec l'aide de ses forces a tenté de réduire la population de Brisach à l'état de soumission au moyen de meurtres, de viols et de confiscations illégales de biens. Hagenbach a finalement été capturé et accusé d'avoir «foulé aux pieds les lois de Dieu et de l'homme». Hagenbach a invoqué principalement le moyen de défense fondé sur «l'obéissance aux ordres d'un supérieur». Son avocat a soutenu que Hagenbach «n'était aucunement fondé à mettre en doute l'ordre qu'il était chargé d'exécuter, et c'était son devoir d'y obéir. N'est-il pas connu que les soldats doivent l'obéissance absolue à leurs supérieurs?» Le tribunal a rejeté la défense de Hagenbach, l'a déclaré coupable et l'a condamné à mort.

Voir aussi Georg Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, vol. 2 (1968), à la p. 465, et L. C. Green, «Superior Orders and Command Responsibility», *loc. cit.*, à la p. 173.

Les États-Unis ont connu un procès important au cours de la Guerre de 1812. Il existait alors une divergence d'opinions quant à la nécessité de faire la guerre. En Nouvelle-Angleterre, les Forces navales des États-Unis n'étaient pas très populaires. Un jour, alors que le navire *Independence* était accosté au port de Boston, un passant a fait des remarques désobligeantes à un nommé Bevans, un marine qui montait la garde sur le navire. Bevans a répliqué plutôt violemment en enfonçant sa baïonnette dans le corps de l'homme. Accusé de meurtre, il invoqua le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur, soutenant

them disrespect. At trial Story J. instructed the jury that such an order was illegal and void, and if given and carried out, both the superior and subordinate would be guilty of murder. Bevans was convicted (*United States v. Bevans*, 24 Fed. Cas. 1138 (C.C.D. Mass. 1816) (No. 14,589), although his conviction was later reversed by the U.S. Supreme Court on jurisdictional grounds in *United States v. Bevans*, 3 Wheat. 336 (1818)).

Green (in "Superior Orders and Command Responsibility", *supra*, at pp. 174-75) states that the decision of Solomon J. in *R. v. Smith* (1900), 17 S.C. 561 (Cape of Good Hope), established the English position. In that case a soldier acting on the orders of his superior during the Boer War, killed a native for not performing a menial task. Although the court acquitted the soldier, it introduced the "manifest illegality" test, stating at pp. 567-68:

> . . . it is monstrous to suppose that a soldier would be protected where the order is grossly illegal. [That he] is responsible if he obeys an order [that is] not strictly legal . . . is an extreme proposition which the Court cannot accept . . . . [E]specially in time of war immediate obedience . . . is required . . . . I think it is a safe rule to lay down that if a soldier honestly believes he is doing his duty in obeying the commands of his superior, and if the orders are not so manifestly illegal that he must or ought to have known that they were unlawful, the private soldier would be protected by the orders of his superior officer.

Bassiouni, *supra*, at pp. 419-21, recounts:

> The issue of "obedience to superior orders" first gained contemporary international significance during the war crimes trials that followed World War I. By virtue of Article 228 of the Treaty of Versailles, Germany submitted to the Allied Powers' right to try alleged war criminals. Although the Treaty originally provided that the trials would be administered by the state against whose nationals the alleged crimes were committed, it was subsequently agreed that the German *Reichsgericht*

que les marines à bord de l'*Independence* avaient reçu l'ordre d'attaquer à la baïonnette quiconque manquait de respect à leur égard. Au procès, le juge Story a signalé au jury que l'ordre était illégal et nul et que, s'il avait été donné et exécuté, le supérieur et le subalterne seraient tous deux coupables de meurtre. Bevans fut reconnu coupable (*United States c. Bevans*, 24 Fed. Cas. 1138 (C.C.D. Mass. 1816) (No. 14,589), bien que sa déclaration de culpabilité ait par la suite été renversée par la Cour suprême des États-Unis pour des motifs de compétence dans *United States c. Bevans*, 3 Wheat. 336 (1818)).

Green (dans «Superior Orders and Command Responsibility», *loc. cit.*, aux pp. 174 et 175) indique que la décision du juge Solomon dans *R. c. Smith* (1900), 17 S.C. 561 (Cap de Bonne-Espérance) a établi la position anglaise. Dans cette affaire, un soldat, obéissant aux ordres de son supérieur au cours de la Guerre des Boers, a tué un autochtone ayant refusé d'accomplir une tâche servile. Bien qu'elle ait acquitté le soldat, la cour a introduit le critère de l'«illégalité manifeste», déclarant aux pp. 567 et 568:

> [TRADUCTION] . . . il est aberrant de supposer qu'un soldat puisse être protégé lorsque l'ordre est manifestement illégal. [. . .] [La proposition voulant qu'il soit] responsable s'il obéit à un ordre non strictement légal [. . .] est une proposition extrême à laquelle la Cour ne peut souscrire. [. . .] [P]articulièrement en temps de guerre, l'obéissance immédiate [. . .] est nécessaire [. . .]. J'estime prudent de dire que, si le soldat croit sincèrement qu'il accomplit son devoir en obéissant aux ordres de son supérieur, et si les ordres ne sont pas si manifestement illégaux qu'il doit ou aurait dû savoir qu'ils étaient illégaux, le simple soldat sera protégé par les ordres de son supérieur.

Bassiouni, *op. cit.*, raconte, aux pp. 419 à 421:

> [TRADUCTION] La question de l'«obéissance aux ordres d'un supérieur» a pour la première fois revêtu une importance internationale dans la société contemporaine au cours des procès sur les crimes de guerre qui ont suivi la Première Guerre mondiale. En vertu de l'article 228 du Traité de Versailles, l'Allemagne s'est soumise au droit des puissances alliées de juger des personnes accusées de crimes de guerre. Même si le Traité prévoyait initialement que les procès seraient adminis-

(Supreme Court) sitting at Leipzig would be the court to preside over these cases. The two most notable cases involving the issue of "obedience to superior orders" during the Leipzig Trials were the *Dover Castle* and the *Llandovery Castle*.

In *Dover Castle*, the defendant, Lieutenant Captain Karl Neuman [*sic*], the commander of a German submarine, was charged with torpedoing the *Dover Castle*, a British hospital ship. The defendant claimed that he was acting pursuant to "superior orders", which were issued by his naval superiors who claimed that they believed that Allied hospital ships were being used for military purposes in violation of the laws of war. The Leipzig Court, acquitted the commander holding:

> It is a military principle that the subordinate is bound to obey the orders of his superiors . . . (w)hen the execution of a service order involves an offence against the criminal law, the superior giving the order is alone responsible. This is in accordance with the terms of the German law, § 47, para. 1 of the Military Penal Code . . . .
>
> According to § 47 of the Military Penal Code No. 2, a subordinate who acts in conformity with orders is . . . liable to punishment as an accomplice, when he knows that his superiors have ordered him to do acts which involve a civil or military crime or misdemeanour. There has been no case of this here. The memoranda of the German Government about the misuse of enemy hospital ships were known to the accused . . . . He was therefore of the opinion that the measures taken by the German Admiralty against enemy hospital ships were not contrary to international law, but were legitimate reprisals . . . . The accused . . . cannot, therefore, be punished for his conduct.

In the subsequent *Llandovery Castle* case, the same court did not so readily grant the accused a defense of "obedience to superior orders". In that case, also involving a German submarine attack upon a British hospital ship, the submarine commander ordered his subordinates to open fire on the survivors of the torpedoed *Llandovery Castle* who had managed to get into lifeboats. The officers who carried out the order, First Lieutenants Ludwig Dithmar and John Boldt, were charged with the killings and pleaded that they followed the orders of their commander, Helmut Patzik (whom the

trés par l'État dont les citoyens auraient été victimes de crimes, on a convenu subséquemment que la *Reichsgericht* de l'Allemagne (la Cour suprême), siégeant à Leipzig, serait le tribunal qui présiderait ces affaires. Les deux affaires les plus remarquables sur la question de l'«obéissance aux ordres d'un supérieur», qui ont été entendues au cours des procès de Leipzig, sont *Dover Castle* et *Llandovery Castle*.

Dans l'affaire *Dover Castle*, le lieutenant capitaine Karl Neuman [*sic*], commandant d'un sous-marin allemand, fut accusé d'avoir torpillé le *Dover Castle*, un navire-hôpital britannique. Le défendeur a prétendu avoir obéi aux «ordres d'un supérieur», qui émanaient de ses supérieurs de la marine, qui croyaient sincèrement que les navires-hôpitaux des Alliés étaient utilisés à des fins militaires en contravention des lois de la guerre. Dans sa décision d'acquitter le défendeur, le tribunal de Leipzig a affirmé:

> L'obligation du subalterne d'obéir aux ordres de ses supérieurs est un principe militaire. (. . .) Lorsque l'exécution d'un ordre militaire entraîne une infraction au droit criminel, le supérieur qui donne l'ordre est le seul responsable. Cela est conforme au libellé de la loi allemande, § 47, par. 1 du Code pénal militaire . . .
>
> En application du § 47 du Code pénal militaire nº 2, un subalterne qui agit conformément aux ordres est (. . .) passible d'être puni à titre de complice, lorsqu'il sait que ses supérieurs lui ont ordonné de commettre des actes qui constituent un crime ou un méfait civil ou militaire. Ce n'est pas le cas en l'espèce. L'accusé connaissait la note du gouvernement allemand relative à l'emploi illégal des navires-hôpitaux ennemis. (. . .) Il était par conséquent d'avis que les mesures adoptées par l'Amirauté allemande contre les navires-hôpitaux ennemis n'étaient pas contraires au droit international, mais qu'elles étaient plutôt des représailles légitimes. (. . .) L'accusé (. . .) ne peut, par conséquent, être puni pour son comportement.

Dans l'arrêt *Llandovery Castle* rendu plus tard, le même tribunal n'a pas accordé aussi facilement à l'accusé le moyen de défense fondé sur l'«obéissance aux ordres d'un supérieur». Dans cette affaire, mettant également en cause l'attaque d'un sous-marin allemand contre un navire-hôpital britannique, le commandant du sous-marin a donné l'ordre à son équipage d'ouvrir le feu sur les survivants du *Llandovery Castle* torpillé qui avaient réussi à monter à bord d'embarcations de sauvetage. Les officiers qui ont exécuté l'ordre, les premiers lieutenants Ludwig Dithmar et John Boldt ont été accu-

German authorities failed to apprehend after the war). The court, however, rejected this defense and stated:

> The firing on the boats was an offence against the law of nations .... The rule of international law, which is here involved, is simple and is universally known. No possible applicability .... (The commander's) order does not free the accused from guilt. It is true that according to para. 47 of the Military Penal Code, if the execution of an order in the ordinary course of duty involves such a violation the superior giving the order is alone responsible. However, the subordinate obeying such an order is liable to punishment if it was known to him that the order of the superior involved the infringement of civil or military law. This applies in the case of the accused. It is certainly to be urged in favor of the military subordinates, that they are under no obligation to question the order of their superior officer, and they can count upon its legality. But no such confidence can be held to exist, if such an order is universally known to everybody, including also the accused, to be without any doubt whatever against the law.

Nonetheless, the court acknowledged that the defence of obedience to superior orders was a mitigating factor to be taken into account in determining the appropriate penalty, and sentenced the accused to only four years' imprisonment.

Professor Yoram Dinstein, in *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law* (1965), analyzed the use of the defence of "obedience to superior orders" at the Leipzig trials and correctly concluded, at p. 19, that:

> (1) As a general rule, a subordinate committing a criminal act pursuant to an order should not incur responsibility for it.
>
> (2) This rule is inapplicable if the subordinate knew that the order entailed the commission of a crime, and obeyed it nonetheless.
>
> (3) To determine whether the subordinate was aware of the fact that he had been ordered to perform a criminal act, the Court may use the auxiliary test of manifest illegality.

sés de meurtre et ont plaidé avoir obéi aux ordres de leur commandant Helmut Patzik (que les autorités allemandes n'ont pas appréhendé après la guerre). Le tribunal a toutefois rejeté cette défense en disant:

> L'attaque dirigée contre les embarcations était une infraction au droit des nations. (. . .) La règle de droit international en cause en l'espèce est simple et universellement connue. Il ne peut y avoir aucun doute quant à la question de son applicabilité. (. . .) L'ordre (du commandant) n'exonère pas de culpabilité l'accusé. Certes, conformément au par. 47 du Code pénal militaire, si l'exécution d'un ordre dans le cadre ordinaire du service entraîne une telle violation, le supérieur qui donne l'ordre est l'unique responsable. Cependant, le subalterne qui obéit à un tel ordre est passible d'une peine s'il savait que l'ordre du supérieur enfreignait la loi civile ou militaire. En l'espèce, c'était le cas de l'accusé. Il doit certainement être avancé en faveur des subalternes militaires qu'ils ne sont aucunement tenus de mettre en cause l'ordre de leur supérieur, et qu'ils peuvent se fier à sa légalité. Mais on ne peut conclure que cette confiance existe si tous savent, dont l'accusé, que l'ordre est sans le moindre doute contraire à la loi.

Le tribunal a néanmoins reconnu que le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur était un facteur atténuant dont il fallait tenir compte dans la détermination de la peine appropriée, et il a condamné les accusés à seulement quatre ans d'emprisonnement.

Le professeur Yoram Dinstein a analysé, dans *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law* (1965), le recours au moyen de défense fondé sur l'«obéissance aux ordres d'un supérieur» aux procès de Leipzig, et il a correctement conclu, à la p. 19:

> [TRADUCTION] (1) De façon générale, le subalterne qui commet un acte criminel en obéissant à un ordre ne devrait pas en être tenu responsable.
>
> (2) Cette règle est inapplicable si le subalterne savait que l'ordre entraînait la perpétration d'un crime et l'a néanmoins exécuté.
>
> (3) Pour déterminer si le subalterne savait qu'il avait reçu l'ordre de commettre un acte criminel, la cour peut recourir au critère connexe de l'illégalité manifeste.

The later cases, particularly those involving the hospital ships, reflect the increasing difficulties in determining when the defence of carrying out the order of a superior may be properly considered. In *Dover Castle*, 16 A.J.I.L. 704 (1921), it would at first blush have been unthinkable that the defence could be utilized in the sinking of a hospital ship. Yet when the evidence established that the German High Command and members of the German Forces believed that hospital ships were being used for purely military purposes, perhaps as troop ships, the defence became one that not only was considered but also properly proved successful at trial. On the other hand the machine gunning and shelling of the survivors in the lifeboats in *Llandovery Castle*, 16 A.J.I.L. 708 (1921), was such an atrocious act and so adverse to all traditions and law of the sea that it was on its face manifestly unreasonable. As a result, the defence was unacceptable and the conviction correctly resulted. These cases also are an example of the necessity to consider the context in which the acts were committed. They cannot be viewed in any other way. The actions are the product of their times.

Les affaires subséquentes, particulièrement celles mettant en cause les navires-hôpitaux, reflètent les difficultés croissantes à déterminer le moment où le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur peut être à juste titre pris en considération. Dans l'affaire *Dover Castle*, 16 A.J.I.L. 704 (1921), il aurait été à première vue impensable que le moyen de défense puisse être invoqué dans le torpillage d'un navire-hôpital. Toutefois, lorsque la preuve a établi que le haut commandement allemand et les membres des forces allemandes estimaient que les navires-hôpitaux étaient utilisés à des fins purement militaires, peut-être pour le transport des troupes, non seulement le moyen de défense fut pris en considération, mais il a à juste titre été accepté au procès. Par contre, l'attaque et le bombardement des survivants à bord des embarcations de sauvetage dans l'affaire *Llandovery Castle*, 16 A.J.I.L. 708 (1921), étaient des actes atroces et contraires à toutes les traditions et lois navales, à un point tel qu'ils étaient à première vue manifestement déraisonnables. En conséquence, le moyen de défense était inacceptable et les accusés furent à juste titre déclarés coupables. Ces affaires démontrent également la nécessité de tenir compte du contexte dans lequel les actes sont commis. Ils ne peuvent être considérés d'aucune autre façon. En effet, les actions sont le produit de leur époque.

The manifest illegality test has received a wide measure of international acceptance. Military orders can and must be obeyed unless they are manifestly unlawful. When is an order from a superior manifestly unlawful? It must be one that offends the conscience of every reasonable, right-thinking person; it must be an order which is obviously and flagrantly wrong. The order cannot be in a grey area or be merely questionable; rather it must patently and obviously be wrong. For example the order of King Herod to kill babies under two years of age would offend and shock the conscience of the most hardened soldier. A very helpful discussion as to when an order is manifestly unlawful can be found in the decision of the Israel District Military Court in the case of *Ofer v. Chief Military Prosecutor* (the *Kafr Qassem* case) [Appeal 279-283/58, *Psakim*, (Judgments of the

Le critère de l'illégalité manifeste est aujourd'hui grandement reconnu sur le plan international. On peut et l'on doit obéir aux ordres militaires à moins que ceux-ci ne soient manifestement illégaux. Quand l'ordre d'un supérieur est-il manifestement illégal? Il doit être de nature à offenser la conscience de toute personne raisonnable et sensée. Il doit être clairement et manifestement répréhensible. L'ordre ne peut se situer dans une zone grise ou être seulement douteux; il doit au contraire être manifestement et clairement répréhensible. Par exemple, l'ordre du Roi Hérode de tuer les bébés âgés de moins de deux ans offenserait et choquerait la conscience des soldats les plus endurcis. On peut trouver une analyse très utile sur les éléments caractéristiques d'un ordre manifestement illégal dans la décision de la Cour militaire de district d'Israël dans l'affaire *Ofer c. Chief Mili-*

District Courts of Israel), vol. 44, at p. 362], cited in appeal before the Military Court of Appeal, *Pal. Y.B. Int'l L.* (1985), vol. 2, p. 69, at p. 108, and also cited in Green "Superior Orders and Command Responsibility", *supra*, at p. 169, note 8:

The identifying mark of a 'manifestly unlawful' order must wave like a black flag above the order given, as a warning saying: 'forbidden'. It is not formal unlawfulness, hidden or half-hidden, not unlawfulness that is detectable only by legal experts, that is the important issue here, but an overt and salient violation of the law, a certain and obvious unlawfulness that stems from the order itself, the criminal character of the order itself or of the acts it demands to be committed, an unlawfulness that pierces and agitates the heart, if the eye be not blind nor the heart closed or corrupt. That is the degree of 'manifest' illegality required in order to annul the soldier's duty to obey and render him criminally responsible for his actions.

The most significant decisions which dealt with the superior order defence were rendered by the International Military Tribunal at Nuremberg. There, for the first time a rule was set down which addressed the superior orders defence. Article 8 of the *Charter of the International Military Tribunal*, provides:

Article 8. The fact that the Defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment, if the Tribunal determines that Justice so requires.

In interpreting and justifying this provision, the Tribunal stated that:

The provisions of this article are in conformity with the law of all nations. That a soldier was ordered to kill or torture in violation of the international law of war has never been recognized as a defense to such acts of brutality, though, as the Charter here provides, the order may be urged in mitigation of the punishment. The true test, which is found in varying degrees in the criminal law of most nations, is not the existence of the order, but whether moral choice was in fact possible. [Emphasis added.]

tary Prosecutor (l'affaire *Kafr Qassem*) [Appel 279-283/58, *Psakim* (Jugements des Cours de district d'Israël), vol. 44, à la p. 362], citée en appel devant le tribunal d'appel militaire, *Pal. Y.B. Int'l L.* (1985), vol. 2, p. 69, à la p. 108, et dans Green «Superior Orders and Command Responsibility», *loc. cit.*, à la p. 169, note 8:

[TRADUCTION] Le signe déterminant d'un ordre «manifestement illégal» doit flotter au-dessus de l'ordre donné comme un drapeau noir en guise de mise en garde disant: «interdit». La question importante en l'espèce n'est pas l'illégalité formelle, dissimulée ou à demi dissimulée, ni l'illégalité qui se détecte par les seuls experts juridiques, mais une violation manifeste et frappante de la loi, une illégalité certaine et évidente qui découle de l'ordre lui-même, de la nature criminelle de ce dernier ou des actes qui doivent être commis de ce fait, une illégalité qui transperce et trouble le cœur, si l'œil n'est pas aveugle ni le cœur fermé ou corrompu. Il s'agit là du degré d'illégalité «manifeste» requis pour annuler le devoir d'obéissance du soldat et rendre ce dernier criminellement responsable de ses actes.

Les décisions les plus importantes sur le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur ont été rendues par le Tribunal militaire international de Nuremberg. C'est là que, pour la première fois, on a établi une règle relativement à ce moyen de défense. L'article 8 du *Statut du Tribunal militaire international* prévoit:

Article 8. Le fait que l'accusé a agi conformément aux ordres de son Gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne le dégage pas de sa responsabilité, mais pourra être considéré comme un motif de diminution de la peine, si le Tribunal décide que la justice l'exige.

Dans son interprétation et sa justification de cette disposition, le Tribunal a dit:

Les dispositions de cet article sont conformes au Droit commun des États. L'ordre reçu par un soldat de tuer ou de torturer en violation du Droit international de la guerre, n'a jamais été regardé comme justifiant ces actes de violence. Il ne peut s'en prévaloir, aux termes du Statut, que pour obtenir une réduction de la peine. Le vrai critérium de la responsabilité pénale, celui qu'on trouve, sous une forme ou sous une autre, dans le Droit criminel de la plupart des pays, n'est nullement en rapport avec l'ordre reçu. Il réside dans la liberté morale, dans la faculté de choisir, chez l'auteur de l'acte reproché. [Je souligne.]

(*Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. 22, (1946) (Official Text in the English Language), at p. 466.)

(ii) *The "Moral Choice" Test, Coercion and Necessity*

The "moral choice" test used by the International Military Tribunal has been criticized as undermining Art. 8, which effectively requires a subordinate to ignore a manifestly illegal order regardless of the consequences. (See for example: Morris Greenspan, *The Modern Law of Land Warfare* (1959), at p. 493.) However, other international legal scholars such as Professors Bassiouni (*supra*, at p. 427) and Dinstein (in *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law*, *supra*, at p. 152) assert that the moral choice test as enunciated by the International Military Tribunal "was meant to complement the provision of Article 8 and not to undermine its foundations". According to this interpretation, Bassiouni, *supra*, notes at p. 437 that

'obedience to superior orders' is not a defense . . . to an international crime when the order is patently illegal and when the subordinate has a moral choice with respect to obeying or refusing to obey the order. But, if the subordinate is coerced or compelled to carry out the order, the norms for the defense of coercion (compulsion) should apply. In such cases, the issue is not justification, but excuse or mitigation of punishment.

A person may be compelled to obey superior orders either because of natural causes which place the individual in a condition of danger (necessity) or because of pressure which is brought to bear on him or her by another person (coercion). Bassiouni, *supra*, at p. 439, explains:

The two sources of compulsion though different may lead a person to harm another in order to avoid a greater or equal personal harm. Both are a concession to the instinct of human survival, but both are limited for policy and moral-ethical reasons, by positive and natural law.

(*Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international*, t. 22, (1946) (Texte officiel en langue française), à la p. 497.)

(ii) *Le critère de la «liberté morale», la contrainte et la nécessité*

On a critiqué le «critère de la liberté morale» appliqué par le Tribunal militaire international pour le motif qu'il minait l'art. 8, qui force effectivement le subalterne à ne pas obéir à un ordre manifestement illégal quelles qu'en soient les conséquences. (Voir par exemple: Morris Greenspan, *The Modern Law of Land Warfare*, (1959) à la p. 493.) Toutefois, d'autres auteurs reconnus en droit international comme les professeurs Bassiouni (*op. cit.*, à la p. 427) et Dinstein (dans *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law*, *op. cit.*, à la p. 152) soutiennent que le critère de la liberté morale établi par le Tribunal militaire international [TRADUCTION] «était destiné à compléter l'art. 8 et non à miner son fondement». Suivant cette interprétation, Bassiouni, *op. cit.*, fait remarquer à la p. 437 que

[TRADUCTION] «l'obéissance aux ordres d'un supérieur» ne constitue pas une défense [. . .] à un crime international lorsque l'ordre est manifestement illégal et lorsque le subalterne a la liberté morale d'exécuter l'ordre ou de refuser d'y obéir. Toutefois, si le subalterne est contraint ou forcé d'exécuter l'ordre, les normes relatives au moyen de défense de la coercition (contrainte) devraient s'appliquer. Dans un tel cas, il ne s'agit pas d'une question de justification, mais d'excuse ou de réduction de la peine.

Une personne peut être contrainte à obéir aux ordres d'un supérieur soit pour des raisons naturelles qui la mettent en danger (nécessité) soit pour des raisons de pression que lui fait subir une autre personne (coercition). Bassiouni, *op. cit.*, à la p. 439, explique:

[TRADUCTION] Les deux sources de contrainte, bien que différentes, peuvent amener quelqu'un à blesser une autre personne pour éviter un préjudice personnel plus grave ou équivalent. Si elles cèdent toutes deux à l'instinct de survie humain, ces deux sources sont néanmoins limitées pour des raisons d'ordre public, de moralité et d'éthique par le droit positif et le droit naturel.

The defence of obedience to superior orders based on compulsion is limited to "imminent, real, and inevitable" threats to the subordinate's life (*The Einsatzgruppen Case*, 4 Trials of War Criminals 470 (1948)). As Jeanne L. Bakker has pointed out in "The Defense of Obedience to Superior Orders: The Mens Rea Requirement" (1989), 17 *Am. J. Crim. L.* 55, the problem is to determine when threats become so imminent, real, and inevitable that they rise to the level of compulsion that disables a subordinate from forming a culpable state of mind.

I agree with Bakker, when she states, at pp. 72 and 73:

> . . . a moral choice is available where subordinates have the freedom to choose between right and wrong courses of conduct without suffering detrimental consequences. Subordinates who choose to obey an illegal order when they could have disobeyed without suffering adverse consequences are guilty of criminal action.

. . .

Otto Ohlendorf, commanding officer of one of the notorious *Einsatzgruppen* (death wagons) [*sic*], executed more than 90,000 "undesirable elements composed of Russians, gypsies, Jews and others" on the basis of an order that he recognized as "wrong", although he refused to consider "whether it was moral or immoral"(.) In view of his acknowledged unwillingness to exercise moral judgment, the tribunal refused him a plea of obedience to superior orders.

Bakker suggests that it is only when the soldier faces an imminent, real and inevitable threat to his or her life that the defence of compulsion may be used as a defence to the killing of innocent people. "Stern punishment" or demotion would not be sufficient. She states at p. 74:

> Whether a subordinate's belief in the existence of an imminent, real and inevitable threat to his life is justified should be a function of circumstances surrounding the subordinate faced with an illegal order. A number of circumstances may be considered including age, education, intelligence, general conditions in which subordi-

Le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur du fait d'une contrainte se limite aux menaces [TRADUCTION] «imminentes, réelles et inévitables» qui pèsent sur la vie du subalterne (*The Einsatzgruppen Case*, 4 Trials of War Criminals 470 (1948). Comme Jeanne L. Bakker l'a fait remarquer dans «The Defence of Obedience to Superior Orders: The Mens Rea Requirement» (1989), 17 *Am. J. Crim. L.* 55, la difficulté réside dans la détermination du moment où les menaces deviennent si imminentes, réelles et inévitables qu'elles se transforment en contrainte qui rend le subalterne incapable de former un état d'esprit coupable.

Je suis d'accord avec Bakker lorsqu'elle dit, aux pp. 72 et 73:

> [TRADUCTION] . . . la liberté morale peut s'exercer lorsque les subalternes peuvent choisir entre un comportement irrépréhensible et un comportement répréhensible sans subir de préjudice. Les subalternes qui choisissent d'obéir à un ordre illégal alors qu'ils auraient pu y désobéir sans en subir de conséquences préjudiciables sont coupables d'un acte criminel.

. . .

Otto Ohlendorf, le commandant de l'un des fameux *Einsatzgruppen* (wagons (*sic*) de la mort), a exécuté plus de 90 000 «éléments indésirables réunissant Russes, gitans, Juifs et autres» en se fondant sur un ordre qu'il admettait être «répréhensible», bien qu'il ait refusé de considérer «s'il était moral ou immoral». Puisque l'accusé a reconnu ne pas avoir voulu exercer un jugement moral, le tribunal a rejeté son moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur.

D'après Bakker, ce n'est que lorsque la vie du soldat est menacée de façon imminente, réelle et inévitable que le moyen de défense fondé sur la contrainte peut être invoqué à titre de défense au meurtre d'innocentes personnes. La crainte d'une «peine sévère» ou d'une rétrogradation ne serait pas suffisante. Elle dit, à la p. 74:

> [TRADUCTION] La question de savoir si le subalterne est fondé à croire qu'une menace réelle, imminente et inévitable pèse sur sa vie devrait être résolue en fonction de la situation dans laquelle se trouve le subalterne qui a reçu l'ordre illégal. De nombreux facteurs peuvent être considérés, notamment l'âge, l'éducation, l'intelligence,

nates find themselves, length of time spent in action, nature of the hostilities, the type of enemy confronted, and opposing methods of warfare.

Circumstances that go directly to the state of mind of the offender confronted with a moral choice include the announced penalty for disobeying orders, the probable penalty for disobedience, the typical subordinate's reasonable beliefs about the penalty, the subordinate's belief as to what the penalty is, and any alternatives available to the subordinate to escape execution of the penalty.

The element of moral choice was, I believe, added to the superior orders defence for those cases where, although it can readily be established that the orders were manifestly illegal and that the subordinate was aware of their illegality, nonetheless, due to circumstances such as compulsion, there was no choice for the accused but to comply with the orders. In those circumstances the accused would not have the requisite culpable intent.

I would add this to the comments of the text writers. The lower the rank of the recipient of an order the greater will be the sense of compulsion that will exist and the less will be the likelihood that the individual will experience any real moral choice. It cannot be forgotten that the whole concept of the military is to a certain extent coercive. Orders must be obeyed. The question of moral choice will arise far less in the case of a private accused of a war crime or a crime against humanity than in the case of a general or other high ranking officer.

(iii) *Obedience to Superior Orders Constituting Just Another Factual Element to be Taken into Account in Determining Mens Rea*

Some writers have concluded that the requirement to obey superior orders should not be characterized as a defence. Rather it is simply one of the many factual circumstances which must be

les conditions générales dans lesquelles les subalternes se trouvent, le temps passé en service, la nature des hostilités, le genre d'ennemi auquel ils font face et les méthodes de guerre de ce dernier.

Les facteurs qui affectent directement l'état d'esprit de l'auteur de l'infraction à qui s'offre une liberté morale sont notamment la nature de la peine prévue pour la désobéissance à des ordres, la peine probable pour la désobéissance, les croyances raisonnables du subalterne type relativement à la peine, la connaissance du subalterne quant à la nature de la peine, et toutes les solutions qui s'offrent à lui pour éviter qu'elle lui soit infligée.

L'élément de la liberté morale a été, je crois, ajouté au moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur dans les cas où, bien qu'il puisse être facilement établi que les ordres étaient manifestement illégaux et que le subalterne était conscient de leur illégalité, l'accusé n'avait néanmoins d'autre choix en raison de circonstances comme la contrainte, que d'obéir aux ordres. Dans un tel cas, l'accusé n'aurait pas l'intention coupable requise.

J'ajouterais ceci aux commentaires des auteurs. Plus on descend dans la hiérarchie, plus le sentiment de contrainte de celui qui reçoit l'ordre sera grand et moins il sera vraisemblable que l'individu ait vraiment une liberté morale. Il faut se rappeler que le concept global de l'organisation militaire est dans une certaine mesure coercitif. Il faut obéir aux ordres. La question de la liberté morale sera beaucoup plus rarement soulevée dans le cas du simple soldat accusé d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité que dans le cas d'un général ou autre haut gradé.

(iii) *L'obéissance aux ordres d'un supérieur ne constituant qu'un autre élément factuel à considérer dans la détermination de la mens rea*

Certains auteurs ont conclu que l'obligation d'obéir aux ordres d'un supérieur ne devrait pas être qualifiée de moyen de défense. Il s'agit plutôt uniquement de l'une des nombreuses circonstances

examined in determining whether the accused had the guilty mind required for a conviction.

Professor Dinstein, at p. 88, states that:

> . . . obedience to orders constitutes not a defence *per se* but only a factual element that may be taken into account in conjunction with the other circumstances of the given case within the compass of a defence based on lack of *mens rea*, that is, mistake of law or fact or compulsion.

Professor, later Sir, Hersch Lauterpacht expressed the same view in "The Law of Nations and the Punishment of War Crimes" (1944), 21 *Brit. Y.B. Int'l L.* 58, stating at p. 73:

> . . . it is necessary to approach the subject of superior orders on the basis of general principles of criminal law, namely, as an element in ascertaining the existence of *mens rea* as a condition of accountability.

Bakker, *supra*, at p. 79, also argued, that "obedience to superior orders should be just another *factual* finding in the search for evidence indicative of the actor's state of mind when carrying out orders." (Emphasis in original.)

(iv) *The Canadian Context*

Section 7(3.74) of the Canadian *Criminal Code* provides that:

> 7. . . .
>
> (3.74) Notwithstanding subsection (3.73) and section 15, a person may be convicted of an offence in respect of an act or omission referred to in subsection (3.71) even if the act or omission is committed in obedience to or in conformity with the law in force at the time and in the place of its commission.

Section 15 of the *Criminal Code* provides a defence against conviction when the accused acted "in obedience to the laws for the time being made and enforced by persons in *de facto* possession of the sovereign power in and over the place where the act or omission occurs".

factuelles devant être examinées pour déterminer si l'accusé avait l'intention coupable requise pour être déclaré coupable.

Selon le professeur Dinstein, à la p. 88:

> [TRADUCTION] . . . l'obéissance aux ordres ne constitue pas un moyen de défense en soi, mais seulement un élément factuel dont il peut être tenu compte en conjonction avec les autres circonstances de l'affaire dans les limites d'une défense fondée sur l'absence de *mens rea*, c'est-à-dire l'erreur de droit ou de fait ou la contrainte.

Le professeur Hersch Lauterpacht, plus tard sir Hersch Lauterpacht, a exprimé la même opinion dans «The Law of Nations and the Punishment of War Crimes» (1944), 21 *Brit. Y.B. Int'l L.* 58, à la p. 73:

> [TRADUCTION] . . . il est nécessaire d'examiner la question des ordres d'un supérieur en se fondant sur les principes généraux du droit criminel, c'est-à-dire comme un élément qui permet de confirmer l'existence de la *mens rea* comme condition de la responsabilisation.

Bakker, *loc. cit.*, à la p. 79, a également soutenu que [TRADUCTION] «l'obéissance aux ordres d'un supérieur ne devrait être qu'une conclusion *factuelle* parmi d'autres dans la recherche d'une preuve indiquant l'état d'esprit de l'auteur au moment où il a exécuté les ordres.» (En italique dans l'original.)

(iv) *Le contexte canadien*

Le paragraphe 7(3.74) du *Code criminel* canadien est ainsi libellé:

> 7. . . .
>
> (3.74) Par dérogation au paragraphe (3.73) et à l'article 15, une personne peut être déclarée coupable d'une infraction à l'égard d'un fait visé au paragraphe (3.71), même commis en exécution du droit en vigueur à l'époque et au lieu de la perpétration ou en conformité avec ce droit.

L'article 15 du *Code criminel* offre une défense contre les déclarations de culpabilité lorsque l'accusé a agi «en exécution des lois alors édictées et appliquées par les personnes possédant *de facto* le pouvoir souverain dans et sur le lieu où se produit l'acte ou l'omission».

It is apparent that s. 7(3.74) was enacted to provide judicial discretion to deny a defence of reliance on laws such as the Baky Order. The section reflects the internationally recognized exception to the rule of international law which provides that states have a duty to refrain from intervention in the international or external affairs of other states. (See Brownlie, *supra*, at p. 291.) Without this exception, countries such as World War II Germany, whose state policy of persecution was enshrined in national legislation, could effectively claim that the matter was one of domestic concern and that the principle of sovereign integrity prevented other states from interfering with their citizens who carried out their laws which constituted crimes against humanity.

Il est évident que le par. 7(3.74) a été adopté dans le but d'investir les tribunaux du pouvoir discrétionnaire de rejeter une défense fondée sur l'application d'une règle de droit, tel le décret de Baky. Le paragraphe reprend l'exception à la règle de droit international, reconnue au niveau international, qui prévoit que les États doivent se garder d'intervenir dans les affaires internationales ou extérieures des autres États. (Voir Brownlie, *op. cit.*, à la p. 291.) Sans cette exception, les pays, comme l'Allemagne de la Seconde Guerre mondiale, dont la politique étatique de persécution a été inscrite dans la loi nationale, pourraient effectivement prétendre que la question est d'intérêt national et que le principe de l'intégrité souveraine empêche les autres États de s'en prendre à ceux de leurs citoyens qui ont obéi aux lois qui constituaient des crimes contre l'humanité.

In the absence of this exception, even Hitler could have defended charges against him by claiming that he was merely obeying the law of the country. As a German citizen he too was subject to the laws of the state, and was required to comply with the legislation mandating the "Final Solution". If obedience to *de facto* law were permitted to be used as an automatic defence then not even the most despotic tyrant, the author and enforcer of the most insidious laws against humanity, could be convicted for the crimes committed under his regime. This would be an unacceptable result. Hence, Canadian courts have the discretion to convict a person of a war crime or a crime against humanity notwithstanding the existence of laws in the country where the offence was committed which justified or even required such conduct.

En l'absence de cette exception, même Hitler aurait pu se défendre contre de telles accusations en prétendant s'être seulement conformé à la loi du pays. À titre de citoyen allemand, lui aussi était soumis aux lois de l'État et devait respecter la loi prescrivant la «solution finale». Si l'obéissance à la loi de facto pouvait être invoquée comme moyen de défense automatique, il serait alors impossible de déclarer coupables de crimes commis sous leur régime même les tyrans les plus despotiques, les auteurs des lois les plus insidieuses contre l'humanité et ceux qui les exécutent. Ce serait là un résultat inacceptable. Les tribunaux canadiens ont donc le pouvoir discrétionnaire de déclarer une personne coupable d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité nonobstant l'existence, dans le pays où l'infraction a été commise, de lois justifiant ou même exigeant un pareil comportement.

The defence of obedience to *de facto* law is not the same as obedience to superior orders. Although at times, the superior orders which a soldier receives may become part of the domestic legal system, this would not change the nature of the order as far as the soldier was concerned. He or she would still be obliged to follow the order unless it were manifestly unlawful. Thus, the removal of the automatic right to claim obedience

Le moyen de défense fondé sur l'obéissance à la loi de facto n'est pas identique à celui fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur. Bien qu'à certains moments les ordres émanant d'un supérieur puissent devenir partie d'un régime juridique interne, cela ne changerait pas la nature de l'ordre pour le soldat. Il serait toujours forcé d'obéir à l'ordre à moins que celui-ci ne soit manifestement illégal. Par conséquent, la suppression du droit

to *de facto* law does not affect the defence of obedience to superior orders.

It follows that the trial judge was correct in putting the defence of obedience to military orders to the jury. In so doing he was not permitting the respondent to plead obedience to the laws of Hungary in effect at the time of the alleged actions. He reminded the jury of the expert testimony to the effect that the respondent, as a Captain of the Gendarmerie, would have been subject to the orders of General Baky. Then he instructed the jury that the Baky Order was unconstitutional according to Hungarian law, but that their task was to determine whether a reasonable person in the respondent's position would have found that the order was manifestly illegal and whether the respondent would have had a choice to obey the order or not. The trial judge did not characterize the defence as being obedience to laws of Hungary in existence at the time of the alleged offences. Rather, it was properly characterized as obedience to military orders.

I can find no fault in these instructions. Once again the situation must be considered in its context. This was a time of war. The Russian armies were approaching the borders of Hungary. Hungary was in effect an occupied state. German forces were in command and in control of the country. No matter how unlawful the Baky Order was, it was open to the jury to find that it would be difficult to expect a Captain of the Gendarmerie to disobey that order and that to the accused the Baky Order was a military order. It was in that light that his defence of obeying an order from a superior had to be considered.

The appellant argues that the effect of s. 7(3.74), which limits the accused's right to plead obedience to *de facto* law, is to preclude the use of the peace officer defence under s. 25 of the *Criminal Code*. The thrust of this argument is that s. 25(2), which permits the accused to rely on the law notwithstanding the fact that the law may be defective, is contrary to the purpose of s. 7(3.74). However, I

automatique d'invoquer l'obéissance à la loi de facto n'a aucun effet sur le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur.

En conséquence, le juge du procès a eu raison de présenter au jury le moyen de défense fondé sur l'obéissance à des ordres militaires. Ce faisant, il ne permettait pas à l'intimé d'invoquer l'obéissance aux lois de la Hongrie en vigueur à l'époque où les actes reprochés ont été commis. Il a rappelé au jury le témoignage de l'expert suivant lequel, à titre de capitaine de la Gendarmerie, l'intimé aurait été soumis aux ordres du général Baky. Il a ensuite signalé au jury que le décret de Baky était inconstitutionnel au regard de la loi hongroise, mais que sa tâche consistait à déterminer si une personne raisonnable dans la position de l'intimé aurait conclu que ce décret était manifestement illégal, et si l'intimé aurait eu la liberté d'obéir ou non à l'ordre. Le juge du procès n'a pas mentionné qu'il s'agissait du moyen de défense fondé sur l'obéissance aux lois de la Hongrie en vigueur à l'époque des infractions reprochées. Au contraire, il a qualifié le moyen à juste titre de défense fondée sur l'obéissance à des ordres militaires.

Je ne vois rien d'erroné dans ces directives. Encore une fois, il faut se replacer dans le contexte. On était en temps de guerre. Les armées russes s'approchaient des frontières de la Hongrie, qui était en fait un État occupé. Les forces allemandes étaient aux commandes du pays et le contrôlait. Peu importe l'illégalité du décret de Baky, il était loisible au jury de conclure qu'on aurait difficilement pu s'attendre à ce qu'un capitaine de la Gendarmerie désobéisse à ce décret et que, aux yeux de l'accusé, le décret de Baky était un ordre militaire. C'est sous cet angle que son moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur devait être considéré.

L'appelante soutient que le par. 7(3.74), qui limite le droit de l'accusé d'invoquer l'obéissance à la loi de facto, a pour effet d'empêcher l'utilisation du moyen de défense de l'agent de la paix prévu à l'art. 25 du *Code criminel*. Elle fonde son argument sur le fait que le par. 25(2), qui permet à l'accusé de s'appuyer sur la loi nonobstant le fait que celle-ci puisse être défectueuse, est contraire à

am of the view that the trial judge correctly interpreted the application of the peace officer defence in the context of a war crime and a crime against humanity. The purpose of s. 25(2) is to provide legal protection to a police officer, who, acting in good faith and on a reasonable belief that his or her actions are justified by law, later finds out that those actions were not authorized because the law was found to be defective.

Section 25 is akin to the defence of mistake of fact. Unless, the law is manifestly illegal, the police officer must obey and implement that law. Police officers cannot be expected to undertake a comprehensive legal analysis of every order or law that they are charged with enforcing before taking action. Therefore, if it turns out that they have followed an illegal order they may plead the peace officer defence just as the military officer may properly put forward the defence of obedience to superior orders under certain limited conditions. The qualification is that the military officer must act in good faith and must have reasonable grounds for believing that the actions taken were justified. An officer acting pursuant to a manifestly unlawful order or law would not be able to defend his or her actions on the grounds they were justified under s. 25 of the *Criminal Code*.

In the case at bar, the trial judge clearly instructed the jury that if the law was manifestly illegal, in the sense that its provisions were such that it had the factual qualities of a crime against humanity or a war crime, then the accused could not rely on the peace officer defence under s. 25 of the *Code*. The written instructions provided to the jury make it clear that the peace officer defence would not be available if a reasonable person in the accused's position would know that his or her actions had the factual quality of a crime against humanity or a war crime. The peace officer defence would be available only if the law or orders were not manifestly illegal and if the accused honestly, and on reasonable grounds, believed his actions to be justified. For example,

l'objectif du par. 7(3.74). Toutefois, je suis d'avis que le juge du procès a bien interprété l'application du moyen de défense de l'agent de la paix dans le contexte d'un crime de guerre et d'un crime contre l'humanité. Le paragraphe 25(2) vise à fournir une protection légale au policier qui, agissant de bonne foi, s'appuyant sur des motifs raisonnables et s'estimant fondé par la loi à agir ainsi, réalise ensuite que ses actes n'étaient pas autorisés, la loi ayant été jugée défectueuse.

L'article 25 s'apparente à la défense de l'erreur de fait. À moins que la loi ne soit manifestement illégale, le policier doit y obéir et la faire respecter. On ne peut s'attendre à ce que les policiers entreprennent, avant d'agir, une analyse juridique exhaustive de tous les ordres ou lois qu'ils sont tenus de faire respecter. Par conséquent, s'il appert qu'ils ont exécuté un ordre illégal, ils peuvent invoquer le moyen de défense de l'agent de la paix de la même manière que le militaire peut à juste titre invoquer le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur dans certaines conditions restreintes. La réserve tient à ce que le militaire doit agir de bonne foi et avoir des motifs raisonnables de croire que les mesures prises étaient justifiées. L'agent qui agit conformément à un ordre ou une loi manifestement illégal ne serait pas en mesure de se défendre en faisant valoir que ses actes étaient justifiés aux termes de l'art. 25 du *Code criminel*.

En l'espèce, le juge du procès a clairement indiqué au jury que, si la loi était manifestement illégale puisque, du fait de ses dispositions, elle revêtait les qualités factuelles du crime contre l'humanité ou du crime de guerre, l'accusé ne pouvait invoquer le moyen de défense de l'agent de la paix prévu à l'art. 25 du *Code*. Les directives écrites fournies au jury confirment que le moyen de défense de l'agent de la paix ne pouvait être invoqué si, placée dans la situation de l'accusé, une personne raisonnable aurait su que ses actes avaient la qualité factuelle du crime contre l'humanité ou du crime de guerre. L'accusé ne pourrait invoquer le moyen de défense de l'agent de la paix que si la loi ou les ordres n'étaient pas manifestement illégaux et que si, s'appuyant sur des motifs

the following instructions given to the jury were, in my view, entirely appropriate.

So it is very important to judge a policeman or soldier, anyone subject to military discipline with the test of whether they acted honestly and reasonably in all the circumstances at that time and in that place.

These defences are limited. They depend on honesty, they depend on reasonable conduct, they depend on not using excessive force. They aren't a licence to commit a crime. They aren't a licence if some government or some deputy minister or some under secretary of state goes off the rails and tells the policeman or soldier to do something that is clearly illegal. These defences are no licence to commit obvious crimes in the name of the government.

These instructions did not permit the accused to plead obedience to the laws of his country.

It is worth noting that s. 7(3.74) is permissive. It provides that a person may be convicted of an offence under s. 7(3.71) even if the actions were taken in conformity with *de facto* law. Thus, the existence of a law which is not manifestly unlawful and which appears to justify the conduct of the accused may, under certain conditions, be a factor to be considered in determining whether in acting under those laws the officer had the requisite guilty mind. More will be said on this issue when the constitutionality of the provisions is considered.

(B) Whether Mistake of Fact Should Have Been Put to the Jury in Conjunction With the Other Defences and With the Other Elements of the Offences

(i) *Whether Mistake of Fact Can be Combined With the Military Orders and Peace Officer Defences*

The appellant argues here that the trial judge improperly combined the military orders and peace officer defences with an issue going to *mens rea*, that is, mistake of fact. The appellant argues that,

raisonnables, il croyait sincèrement ses actes justifiés. Ainsi, les directives suivantes données au jury étaient à mon avis tout à fait appropriées:

[TRADUCTION] Il est donc très important de juger le policier, le soldat ou toute personne soumise à la discipline militaire, en se demandant si, dans les circonstances, à l'époque et au lieu concernés, il a agi honnêtement et raisonnablement.

Ces moyens de défense sont limités. Ils reposent sur l'honnêteté, sur le comportement raisonnable et sur l'absence de force excessive. Ils n'autorisent pas la perpétration d'un crime, ni ne permettent à un policier ou un soldat de commettre un acte manifestement illégal à la suite d'un ordre d'un gouvernement, d'un sous-ministre ou d'un sous-secrétaire d'État qui s'écarte du droit chemin. Ces moyens de défense ne cautionnent pas la perpétration de crimes évidents au nom du gouvernement.

Ces directives ne permettaient pas à l'accusé de plaider l'obéissance aux lois de son pays.

Il convient de rappeler que le par. 7(3.74) confère une faculté. Il prévoit qu'une personne peut être déclarée coupable d'une infraction visée au par. 7(3.71) même si les actes ont été commis en exécution de la loi de facto. Il peut donc, dans certains cas, être nécessaire de tenir compte de l'existence d'une loi qui n'est pas manifestement illégale et qui paraît justifier le comportement de l'accusé pour décider si, en agissant en vertu de cette loi, l'agent avait l'intention coupable requise. J'ajouterai des commentaires à cet égard au moment d'examiner la constitutionnalité de la disposition.

(B) L'erreur de fait aurait-elle dû être présentée au jury conjointement avec les autres moyens de défense et les autres éléments des infractions?

(i) *L'erreur de fait peut-elle être rattachée aux moyens de défense de l'obéissance à des ordres militaires et de l'agent de la paix?*

L'appelante soutient ici que le juge du procès a eu tort de joindre les moyens de défense des ordres militaires et de l'agent de la paix à une question relative à la *mens rea*, c'est-à-dire, l'erreur de fait.

in effect, the trial judge put mistake of law to the jury. The appellant further argues that the trial judge erred in incorporating into the definition of the defences, the component elements of crimes against humanity and war crimes.

Elle affirme qu'en fait, le juge du procès a présenté au jury l'erreur de droit. Il aurait également commis une erreur en intégrant aux définitions des moyens de défense les éléments constitutifs des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre.

I cannot accept these arguments. The trial judge correctly instructed the jury that the accused charged with an offence under s. 7(3.71) cannot claim that, although a reasonable person would in the circumstances have known that the actions allegedly performed had the factual quality of crimes against humanity or war crimes, he mistakenly thought that they were lawful and that therefore he was justified in following orders and performing the actions. If this were so then an accused could always claim the defence of obedience to military orders by stating that the illegality of the order simply did not occur to him or her at the time. This would be stretching the defence beyond all reasonable limits. If it were permitted it would require the Crown to establish that the accused knew the orders and his or her actions were manifestly unlawful.

Je ne peux retenir ces arguments. Le juge du procès a eu raison de signaler au jury que l'individu accusé d'avoir commis une infraction visée au par. 7(3.71) ne peut prétendre que, bien qu'une personne raisonnable aurait su dans les circonstances que les actes qu'on lui reprochait d'avoir commis avaient la qualité factuelle des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre, il a cru par méprise que ces actes étaient légaux et que, par conséquent, il était fondé à exécuter les ordres et à commettre les actes. Si c'était le cas, l'accusé pourrait toujours invoquer le moyen de défense fondé sur l'obéissance à des ordres militaires en prétendant que l'illégalité de l'ordre ne lui est simplement pas apparue à l'époque. On pousserait ainsi le moyen de défense au-delà des limites raisonnables. En outre, le ministère public devrait alors établir que l'accusé était conscient de l'illégalité manifeste des ordres et de ses actes.

Rather, it is sufficient if it is established that the accused was aware of the factual qualities of his or her actions, provided that the jury finds that those actions come within the definition of crimes against humanity or war crimes and that a reasonable person in his or her position would know that orders to perform such actions would be manifestly unlawful. Further, if it is established that the accused had a valid moral choice as to whether to obey the orders, the accused will not be able to avail him- or herself of the defence of obedience to superior orders regardless of what his or her personal thoughts were concerning the lawfulness of the actions. It is not a requirement that the accused knew or believed, according to his or her own moral code or knowledge of the law, that the orders and his or her actions were unlawful.

Il suffit plutôt d'établir que l'accusé était conscient des qualités factuelles de ses actes, à condition que le jury conclue que ceux-ci sont visés par la définition de crime contre l'humanité ou de crime de guerre et qu'une personne raisonnable dans la situation de l'accusé aurait su que des ordres d'accomplir ces actes étaient manifestement illégaux. De plus, s'il est établi que l'accusé avait véritablement la liberté morale d'obéir ou non aux ordres, il ne pourra se prévaloir du moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur, quelles qu'aient été ses opinions personnelles sur la légalité des actes. Il n'est pas nécessaire que l'accusé ait su ou cru, selon son propre code moral ou sa connaissance du droit, que les ordres et ses actes étaient illégaux.

These same principles apply with respect to the peace officer defence. As the trial judge correctly stated:

Les mêmes principes s'appliquent au moyen de défense de l'agent de la paix. Comme le juge du procès l'a indiqué correctement:

When the order is clearly unlawful in the sense I have described it [it clearly has the factual quality of a war crime or crime against humanity], there's no defence. No peace officer is required or authorized by law to do anything that is clearly a war crime or a crime against humanity.

He was also correct in instructing the jury that when the order or law is not manifestly unlawful and the peace officer or soldier acts on reasonable grounds, he is justified in using as much force as is required for the purpose even if it is later discovered that the law was defective. He properly told the jury that "[i]f the peace officer or soldier honestly believes the law or order is lawful domestically, he acts on reasonable grounds at the time, he has a right to be wrong even if it turns out later he was, in fact, wrong". In my view, this is a correct instruction on the defence of mistake of fact in combination with the peace officer and military orders defences. Mistake of fact is applicable only in circumstances where the order (in the case of the superior orders defence) or law (in the case of the peace officer defence) is not manifestly unlawful.

In my opinion the trial judge did an admirable job of combining these defences with the elements of the crimes in such a way that the jury was able to follow a logical and legally correct process of reasoning when considering their verdict.

(ii) *Summary With Respect to Availability of Defences*

The defence of obedience to superior orders and the peace officer defence are available to members of the military or police forces in prosecutions for war crimes and crimes against humanity. Those defences are subject to the manifest illegality test. That is to say, the defences will not be available where the orders in question were manifestly unlawful. Even where the orders were manifestly unlawful, the defence of obedience to superior

[TRADUCTION] Lorsque l'ordre est manifestement illégal au sens où je l'ai expliqué [il a manifestement la qualité factuelle du crime de guerre ou du crime contre l'humanité], aucune défense n'est possible. Aucun agent de la paix n'est par la loi obligé ou autorisé à commettre un acte qui constitue clairement un crime de guerre ou un crime contre l'humanité.

Il a également signalé à juste titre au jury que, si l'ordre ou la loi ne sont pas manifestement illégaux et que l'agent de la paix ou le soldat s'appuient sur des motifs raisonnables, ils sont fondés à recourir à toute la force nécessaire même s'il est subséquemment déterminé que la loi était défectueuse. Il a eu raison de dire au jury que, [TRADUCTION] «[s]i l'agent de la paix ou le soldat croit sincèrement que la loi ou l'ordre est légal au pays, il agit en s'appuyant sur des motifs raisonnables à l'époque, il a le droit d'avoir tort même s'il appert par la suite qu'il avait effectivement tort». À mon avis, il s'agit là d'une directive appropriée sur le moyen de défense d'erreur de fait joint aux moyens de défense de l'agent de la paix et de l'obéissance à des ordres militaires. L'erreur de fait peut être invoquée dans les seuls cas où l'ordre (dans le cas d'une défense fondée sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur) ou la loi (dans le cas de la défense de l'agent de la paix) ne sont pas manifestement illégaux.

À mon sens, le juge du procès a fait un travail remarquable en joignant ces moyens de défense aux éléments des crimes de manière que le jury soit en mesure de suivre un mode de raisonnement logique et juste du point de vue juridique au moment de considérer son verdict.

(ii) *Résumé des moyens de défense ouverts à l'accusé*

Les membres des forces militaires ou policières peuvent invoquer le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur et celui de l'agent de la paix dans des poursuites pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité. Ces moyens de défense sont examinés en regard du critère de l'illégalité manifeste. Ils ne peuvent donc être invoqués lorsque les ordres en question étaient manifestement illégaux. Même dans le cas où les

orders and the peace officer defence will be available in those circumstances where the accused had no moral choice as to whether to follow the orders. That is to say, there was such an air of compulsion and threat to the accused that the accused had no alternative but to obey the orders. As an example, the accused could be found to have been compelled to carry out the manifestly unlawful orders in circumstances where the accused would be shot if he or she failed to carry out the orders.

ordres étaient manifestement illégaux, le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur et celui de l'agent de la paix pourront être invoqués si l'accusé n'avait pas la liberté morale d'y obéir ou non. C'est-à-dire que l'accusé voyait dans l'ordre un élément de contrainte ou de menace telle qu'il n'avait d'autre choix que d'y obéir. On pourrait par exemple conclure que l'accusé a été forcé d'exécuter les ordres manifestement illégaux dans le cas où, n'eût été son obéissance, il aurait été tué.

(iii) *Whether the Defences of Mistake of Fact and Obedience to Superior Orders Should Have Been Put to the Jury*

(iii) *Les moyens de défense d'erreur de fait et d'obéissance aux ordres d'un supérieur auraient-ils dû être présentés au jury?*

The appellant argues that the trial judge erred in putting the defences of mistake of fact and obedience to superior orders to the jury since there was no air of reality to these defences. It is said that because the accused did not testify, nor call any evidence, there was no evidence to support an inference that he mistakenly believed that the Hungarian decrees and orders, particularly the "Baky Order" and the "train schedule", authorized the actions he allegedly took. The appellant further argues that since the respondent's position was that he did not commit the offences, (with the exception of the acts of robbery which he admitted doing but claimed he believed he was authorized to perform) he could not then claim that if it was found that he had committed the offences in question, he was excused because he honestly believed his actions were lawful since he was obeying orders.

L'appelante soutient que le juge du procès a commis une erreur en présentant au jury les moyens de défense d'erreur de fait et d'obéissance aux ordres d'un supérieur puisque ceux-ci n'avaient aucune vraisemblance. L'accusé n'ayant ni témoigné ni présenté de preuve, soutient-elle, aucun élément de preuve ne permettait de conclure qu'il a par erreur cru que les décrets et ordonnances hongrois, en particulier le «décret de Baky» et celui relatif à l'«horaire du train», autorisaient les actes qu'il est accusé d'avoir commis. En outre, soutient l'appelante, l'intimé plaide son innocence à l'égard des infractions dont il est accusé (à l'exception des vols qualifiés, qu'il a admis avoir commis, mais avoir cru être autorisé à commettre). Il ne pourrait donc soutenir que, si on conclut qu'il a commis les infractions en question, il doit être exonéré puisque, du fait qu'il obéissait à des ordres, il a sincèrement cru que ses actes étaient légaux.

It is trite law that a trial judge must instruct the jury only upon those defences for which there is a real factual basis. A defence for which there is no evidentiary foundation should not be put to the jury (*Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220). A defence should not be put to the jury if a reasonable jury, properly instructed, would have been unable to acquit on the evidence presented in support of that defence. However, if a reasonable jury properly instructed could acquit on the basis of the evidence giving rise to the defence, then the defence must be put to the jury. It is for the trial judge to decide whether the evidence is sufficient

Il est bien établi en droit que le juge du procès ne doit donner de directives au jury que sur les moyens de défense véritablement fondés sur des faits. Le moyen de défense qui n'est pas appuyé par la preuve ne devrait pas être présenté au jury (*Kelsey c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 220). Il ne peut non plus être présenté si un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées aurait été incapable d'acquitter l'accusé en regard de la preuve présentée à l'appui de ce moyen de défense. Toutefois, si un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées pourrait acquitter l'accusé en se fondant sur la preuve donnant lieu

to give rise to the defence as this is a question of law (*Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449; *Dunlop v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 881). There is thus a two-stage process to be followed. The trial judge must look at all the evidence to consider its sufficiency. Then, if the evidence meets the threshold, it should be put before the jury which will weigh it and decide whether it raises a reasonable doubt. See: *Wigmore on Evidence* (1983), vol. IA, at pp. 968-69; *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265, at p. 276. This is all that is meant by the requirement of sufficient evidence.

I cannot accept the appellant's contention that merely because the respondent chose not to testify at trial that the defences of mistake of fact and obedience to superior orders became unavailable to him. It matters not who put forward the evidence which supports the "air of reality" test; the crucial question is whether the evidence is sufficient to support an acquittal. In my view, the respondent has correctly noted that evidence of the following circumstances was entered at trial which gave the defences of mistake of fact and obedience to superior orders an air of reality:

(1) Finta's position in a para-military police organization;

(2) the existence of a war;

(3) an imminent invasion by Soviet forces;

(4) the Jewish sentiment in favour of the Allied forces;

(5) the general, publicly stated belief in newspapers in Hungary that the Jews were subversive and disloyal to the war efforts of Hungary;

(6) the universal public expression in the newspapers cited by one of the witnesses of approval of the deportation of Hungarian Jews;

au moyen de défense, celui-ci doit être présenté au jury. Il appartient au juge du procès de décider si la preuve appuie le moyen de défense puisqu'il s'agit là d'une question de droit (*Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449; *Dunlop c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 881). Pour ce faire, le juge du procès doit suivre deux étapes. Il doit d'abord examiner l'ensemble de la preuve pour déterminer si elle est suffisante. Dans l'affirmative, la preuve doit être présentée au jury, qui l'appréciera et décidera si elle suscite un doute raisonnable. Voir: *Wigmore on Evidence* (1983), vol. IA, aux pp. 968 et 969; *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265, à la p. 276. Voilà tout ce qu'implique l'exigence d'une preuve suffisante.

Je ne peux souscrire à la prétention de l'appelante que, du seul fait que l'accusé a choisi de ne pas témoigner au procès, il ne peut se prévaloir des moyens de défense d'erreur de fait et d'obéissance aux ordres d'un supérieur. Peu importe qui présente la preuve appuyant le critère de la «vraisemblance»; la question primordiale est de savoir si la preuve est suffisante pour fonder un acquittement. À mon avis, l'intimé a à juste titre signalé que la preuve des circonstances suivantes, introduite au procès, a donné une vraisemblance aux moyens de défense d'erreur de fait et d'obéissance aux ordres d'un supérieur:

(1) la position de Finta dans la hiérarchie policière paramilitaire;

(2) l'état de guerre

(3) l'invasion imminente par les forces soviétiques;

(4) l'appui des Juifs aux forces alliées;

(5) la croyance générale et étalée publiquement dans les journaux hongrois que les Juifs étaient subversifs et déloyaux envers les efforts de guerre de la Hongrie;

(6) la manifestation publique, dans les journaux cités par l'un des témoins, d'une approbation générale à l'égard de la déportation des Juifs hongrois;

(7) the organizational activity involving the whole Hungarian state together with their ally, Germany, in the internment and deportation;

(8) the open and public manner of the confiscations under an official, hierarchical sanction;

(9) the deposit of seized property with the National Treasury or in the Szeged synagogue.

The evidence of the state of the war, that the country was occupied by German forces, the existence of state-sanctioned conduct by police officers in a state of emergency, and the imminent invasion by the Soviet army which was but 100 km from Szeged was sufficient in my view to give an air of reality to the defence of obedience to superior orders. The evidence from the newspapers of public approval for the deportation, and the open manner in which the confiscations took place could have supported the defence of mistaken belief that the orders to undertake the actions which gave rise to the charges against the respondent were lawful.

Although the respondent only admitted to having taken the property of those people confined in the brickyard, the jury could have found that the respondent aided and abetted the deportation and internment. The fact that the respondent only admitted to confiscating the property did not mean that the jury would believe that that was all he did. Thus, the defenses were properly put to the jury on this basis. Additionally, a war crime and a crime against humanity may be committed by omission as well as by acts. If the jury found that the respondent had committed a war crime or a crime against humanity by having knowledge of the unlawful confinement and kidnapping and doing nothing to stop it, the respondent would be entitled to have the defences put before the jury. Thus, the defences may have been applicable to all counts depending on how the jury viewed the facts. Since there was an air of reality to the defences the trial judge acted properly in putting them to the jury.

(7) l'activité organisationnelle impliquant l'État hongrois entier de même que son alliée, l'Allemagne, dans l'internement et la déportation;

(8) la façon manifeste et publique dont les confiscations ont été effectuées en vertu d'une sanction officielle et hiérarchique;

(9) le dépôt des biens saisis auprès du Trésor national ou dans la synagogue de Szeged.

La preuve portant sur l'état de guerre, l'occupation du pays par les forces allemandes, le comportement des policiers autorisé par l'État dans une situation d'urgence et l'invasion imminente par l'armée soviétique, qui n'était qu'à 100 km de Szeged, était à mon avis suffisante pour donner une vraisemblance au moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur. La preuve, tirée des journaux, relative à l'approbation publique de la déportation et à la manière publique dont les confiscations ont été effectuées, aurait pu appuyer le moyen de défense fondé sur la croyance erronée que les ordres de commettre les actes que l'intimé est accusé d'avoir commis étaient légaux.

Bien que l'intimé ait seulement admis avoir confisqué les biens des gens séquestrés à la briqueterie, le jury aurait pu conclure que l'intimé avait apporté aide et encouragement à la déportation et à la séquestration. Le fait que l'intimé ait seulement admis avoir confisqué les biens ne signifiait pas que le jury croirait qu'il n'avait rien fait d'autre. Par conséquent, les moyens de défense ont été à juste titre présentés au jury sur ce fondement. De plus, un crime de guerre et un crime contre l'humanité peut être commis tant par action que par omission. Si le jury avait conclu que l'intimé a commis un crime de guerre ou un crime contre l'humanité du fait que, conscient de la séquestration et de l'enlèvement, il n'a rien fait pour l'empêcher, l'intimé aurait droit à ce que les moyens de défense soient présentés au jury. Ainsi, les moyens de défense étaient peut-être applicables relativement à tous les chefs d'accusation, suivant la façon dont le jury considérait les faits. Les moyens de défense ayant une vraisemblance, le juge du procès a bien agi en les présentant au jury.

(4) *Inflammatory Address*

The trial of this matter was long and complex. It raised issues of a highly emotional and deeply troubling nature. In this context it is perhaps understandable that both defence and Crown counsel made inappropriate remarks to the jury. Among these were suggestions by defence counsel that the jury should stop what was described as the application of "diabolical" legislation. However, in my view, the errors made by both lawyers were satisfactorily corrected by the trial judge in his charge to the jury. For example, in order to correct the suggestion made by defence counsel that the jury could choose to ignore the law the trial judge stated:

If I make a mistake, it can and will be corrected. If you make a mistake it probably can't be corrected. That is why your task is so important.

The defence counsel in his address predicted accurately I would say something like that. Defence counsel said something that needs to be corrected. He said that that position I just expressed to you is one that most people in hierarchies of command rely on. He said that position is similar to the military where a captain follows the order from a lieutenant-colonel, relying on his superiors, in public acts like the entrainment, and each of us relies on the government's judgment of authority, which might later on turn out to be wrong.

Now, that wasn't a very helpful comparison. You make up your own mind whether a reasonable person in the position of the accused can honestly believe the Baky order or the train schedule order were lawful and did not involve racial or religious persecution or inhumane acts. Don't get the idea you are following orders or I am following orders. There is all the difference in the world between someone following government orders and someone like you and me who has a duty to apply the law in all due process and all the principles of fundamental justice and all the rights of the accused.

You are not following orders in this case from anyone and neither am I. You are independent and so am I. You are judges. We do not follow any orders. We go wherever the path of the law takes us. No matter whether we

(4) *L'exposé incendiaire*

L'audition de la présente affaire a été longue et complexe. Elle comportait des questions très émotives et profondément troublantes. Dans ce contexte, il est peut-être compréhensible que l'avocat de la défense et le substitut du procureur général aient tous deux fait des remarques inappropriées au jury. L'avocat de la défense a notamment laissé entendre que le jury devait mettre un frein à ce qui a été qualifié d'application d'une loi «diabolique». À mon avis, toutefois, le juge du procès a suffisamment corrigé les erreurs des deux avocats dans son exposé au jury. Par exemple, pour neutraliser le commentaire de l'avocat de la défense laissant entendre que le jury pouvait choisir de ne pas tenir compte de la loi, le juge du procès a indiqué:

[TRADUCTION] Si je commets une erreur, elle peut être corrigée, et elle le sera. En revanche, si vous commettez une erreur, il ne pourra probablement pas y être remédié. C'est pourquoi votre tâche est si importante.

Dans son exposé, l'avocat de la défense a prédit avec justesse que je dirais quelque chose de ce genre. Il a dit quelque chose qui doit être corrigé. Il a dit que la position dont je viens de vous faire part est celle sur laquelle la plupart des personnes faisant partie d'une structure hiérarchique se fondent. Selon lui, cette position est semblable à celle de l'organisation militaire, où le capitaine exécute l'ordre du lieutenant-colonel, qui se fie à ses supérieurs hiérarchiques, dans l'exécution d'actes publics comme l'embarquement, et chacun de nous se fie au jugement d'autorité du gouvernement, qui subséquemment pourrait se révéler incorrect.

Cette comparaison n'est guère utile. Vous décidez vous-même si une personne raisonnable dans la situation de l'accusé a pu croire sincèrement que le décret de Baky et celui relatif à l'horaire des trains étaient légaux et n'entraînaient ni persécution raciale ou religieuse ni acte inhumain. Ne croyez pas que vous exécutez des ordres, ou que j'en exécute. Il y a une énorme différence entre une personne qui exécute les ordres du gouvernement et quelqu'un, comme vous et moi, qui a le devoir d'appliquer la loi de façon régulière, de même que les principes de justice fondamentale et les droits de l'accusé.

En l'espèce, vous n'obéissez aux ordres de personne, ni moi non plus. Vous êtes indépendants, tout comme moi. Vous êtes les juges. Nous n'obéissons à aucun ordre. Nous allons là où le sentier de la loi nous conduit,

think it will please someone in authority or displease someone in authority. Your sense of responsibility and [mine] come from our oaths, our knowledge that what we do is the right thing. None of us, you or I, are following government orders. We are going down the path of the law as interpreted by the independent courts of this country. It isn't helpful to draw a parallel between someone following government orders and independent judges like you and me.

peu importe que nous pensions que cela plaira ou non à une personne en situation d'autorité. Notre sens des responsabilités naît de nos serments, du fait que nous savons que ce que nous faisons est juste. Aucun d'entre nous, ni vous ni moi, n'obéissons aux ordres du gouvernement. Nous suivons le sentier de la loi tracé par les tribunaux indépendants du pays. Il ne sert à rien d'établir un parallèle entre une personne qui obéit aux ordres du gouvernement et des juges indépendants comme vous et moi.

With regard to defence counsel's descriptions of the *Code* provisions as "diabolical", the trial judge stated:

En ce qui concerne les commentaires de l'avocat de la défense qualifiant les dispositions du *Code* de «diaboliques», le juge du procès a dit:

Defence counsel called diabolical the law which you have a sworn duty to apply. He is entitled to his opinion but I am not sure how helpful his opinion is in the difficult duty you have to perform. It really isn't relevant to your judicial task what you think of the wisdom of the law. As to its fundamental fairness under our constitution, this court, in this case, has given this law a clean bill of health and has said it does comply with the principles of fundamental justice.

[TRADUCTION] L'avocat de la défense a qualifié de diabolique la loi que vous avez juré d'appliquer. Il a droit à son opinion, mais je doute de l'utilité de celle-ci en regard de la tâche difficile qui vous attend. Votre opinion sur la sagesse de la loi n'est pas vraiment utile à votre fonction judiciaire. Quant à l'équité fondamentale de la loi en regard de notre constitution, notre tribunal a en l'espèce donné son approbation à cette loi et indiqué qu'elle respectait les principes de justice fondamentale.

You are here to judge the accused; you are not here to judge the law. Judges do judge the law in this country in a system with a lot of safeguards. In Canada courts do not leave it to the government or parliament to decide whether the law conforms with the principles of fundamental justice. I am not here to defend the law and I am not here to criticise the law. Because you heard it criticized as a diabolical law, I think you are entitled to know this court has ruled the law, which you took the oath to apply, the defence counsel calls diabolical, is constitutionally valid. This court in this case has ruled this law complies with the principles of fundamental justice and our higher courts provide a further safeguard to the accused on that issue.

Vous êtes ici pour juger l'accusé. Vous n'êtes pas ici pour juger la loi. Au Canada, les juges se prononcent sur la loi dans le cadre d'un système pourvu de nombreuses garanties. Les tribunaux canadiens ne laissent pas au gouvernement ni au législateur la tâche de décider si la loi est conforme aux principes de justice fondamentale. Mon rôle n'est pas de défendre la loi ni de la critiquer. Vous avez entendu quelqu'un la qualifier de diabolique; j'estime que vous devez savoir que notre cour a confirmé la constitutionnalité de la loi que vous avez juré d'appliquer et que l'avocat de la défense qualifie de diabolique. En l'espèce, notre cour a déterminé que la loi en cause respecte les principes de justice fondamentale, et nos tribunaux supérieurs fournissent une garantie supplémentaire à l'accusé à cet égard.

The trial judge went on to correct the statements made by defence counsel that the jurors might at some point find themselves on trial for persecution of the accused. He spoke at some length, and in clear and unequivocal terms instructed the jury that they were not to take into consideration any other concerns. They were simply to determine whether the evidence established the accused's guilt beyond a reasonable doubt.

Le juge du procès a ensuite corrigé les déclarations faites par l'avocat de la défense suivant lesquelles les jurés pourraient à leur tour être jugés pour avoir persécuté l'accusé. Le juge a parlé longuement et, en des termes clairs et sans équivoque, il a indiqué aux jurés qu'ils ne devaient tenir compte d'aucune autre considération. Ils devaient simplement déterminer si la preuve établissait hors de tout doute raisonnable la culpabilité de l'accusé.

In further response to the inappropriate comments on the part of defence counsel he stated: "Your oath requires you to deliver a just and fair verdict on the law and the evidence and not to send a message to one side or the other in some dispute in this country or some other country about what policy should be followed in respect of the suspected war crimes or crimes against humanity". The trial judge's instructions to the jury were clear and unambiguous. They would have greatly assisted the jurors to focus on the task before them and to reach a verdict based solely on the evidence. He discounted any suggestions on the part of defence counsel that the jury ought to take any other improper considerations into account in making their decision.

He also commented on Crown counsel's treatment of some of the evidence in these terms:

> While I am on the subject of counsels' addresses, let me also say it didn't seem to me helpful for Crown counsel to refer to the degrading body searches carried out upon the women in the ghetto or other places, or to the cruel comments by that gendarme captain Dr. Uray at a meeting in Munkacs, that the accused did not attend, about putting 100 people in the boxcar packed like sardines and those who couldn't take it, would perish. There isn't a scrap of evidence here, the accused had anything to do with any body searches or he attended that meeting that Dr. Uray made that comment at or that he knew about the comment or heard about it or agreed with it or was even aware of it.

> It is most important in this case to separate in your minds the things the accused knew and the things he didn't know and not to attribute to him personally those things about which he personally knew nothing.

Unfortunate statements were indeed made by counsel for the respondent. They were unprofessional and prejudicial. Yet at the conclusion of the jury addresses the trial judge very carefully instructed the jury with regard to all the significant prejudicial statements made by counsel for the respondent. At the conclusion of a long, difficult,

En réponse aux commentaires déplacés de l'avocat de la défense, le juge du procès a également indiqué: [TRADUCTION] «Votre serment vous oblige à prononcer un verdict juste et équitable en fonction de la loi et de la preuve, et non pas à indiquer à une partie ou l'autre dans un litige ici ou à l'étranger quelle politique doit être suivie à l'égard des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité allégués». Les directives du juge du procès au jury étaient claires et non équivoques. Elles pouvaient grandement aider les jurés à se limiter à la tâche qui leur incombait et à rendre un verdict fondé uniquement sur la preuve. Le juge du procès a discrédité toute suggestion de la part de l'avocat de la défense concernant d'autres considérations non pertinentes dont le jury devrait tenir compte pour rendre sa décision.

Il a également commenté la façon dont le substitut du procureur général a traité la preuve:

> [TRADUCTION] Puisqu'il est question des exposés des avocats, laissez-moi également vous signaler qu'il m'a semblé inutile que le substitut du procureur général renvoie aux fouilles corporelles dégradantes effectuées sur les femmes dans le ghetto ou ailleurs, ou aux commentaires cruels d'un capitaine de la gendarmerie, le Dr Uray, faits lors d'une réunion tenue à Moukatchevo, à laquelle l'accusé n'a pas assisté, sur le fait d'embarquer 100 personnes dans un wagon de sorte qu'elles y soient entassées comme des sardines et que celles qui ne peuvent s'y faire périssent. Il n'y a en l'espèce pas la moindre preuve que l'accusé ait été impliqué dans les fouilles corporelles, qu'il ait assisté à la réunion où le Dr Uray a fait ce commentaire, qu'il ait été au courant du commentaire, qu'il en ait entendu parler, y ait souscrit ou même qu'il en ait été conscient.

> Il est primordial en l'espèce de distinguer dans votre esprit les choses que l'accusé savait et les choses qu'il ne savait pas et de ne pas lui attribuer personnellement les choses au sujet desquelles il ne savait rien personnellement.

L'avocat de l'intimé a effectivement fait des déclarations regrettables, dénuées de professionnalisme et préjudiciables. Toutefois, à la fin des exposés au jury, le juge du procès lui a donné des directives très minutieuses sur toutes les déclarations préjudiciables importantes faites par l'avocat de l'intimé. Au terme d'un procès long et difficile

and emotional trial it is only natural that a jury would turn to a trial judge as the impartial arbiter for instructions and directions with regard to the case. In this case their trust was well placed. The jury received from the unbiased arbiter, clear, unequivocal directions pertaining to all the improper statements of counsel for the accused. It is those instructions that they would hear last and take with them to the jury room and rely upon during the course of their deliberations. The final instructions of the trial judge are rightly assumed to be of great significance to the jury. That is why these directions are carefully reviewed by appellate courts. Here those instructions were sufficient to rectify any prejudicial effect that may have been caused by the unfortunate statements of counsels in their addresses.

Neither counsel was a model of perfection in his address to the jury, although I hasten to add that the remarks of the counsel for the respondent were far more prejudicial. Nonetheless the directions given by the trial judge pertaining to the counsels' addresses remedied any prejudice that might have arisen.

(5) *Admissibility of the Evidence of Dallos*

The evidence of Dallos came in two forms. The first was a deposition given by him to the Hungarian state police in Szeged on January 16, 1947. On that occasion, Dallos was told of his obligation to tell the truth and advised that he might have to confirm his testimony by oath. Dallos testified that the Commandant of the Gendarmerie guarding the Jews confined in the brickyard was a man by the name of Bodolay. Captain Finta, he said, was in charge of those detained and the taking of their possessions.

The second was a statement made before the People's Tribunal of Szeged in the form of a deposition, in which he stated again that Bodolay was in charge of the brick factory along with another man by the name of Narai. Neither form of evidence was subject to cross-examination. Both contained hearsay. The majority of the Court of Appeal observed that there is an element of fair-

qui a soulevé les passions, il est bien naturel que le jury se tourne vers le juge du procès comme arbitre impartial pouvant lui donner des directives relatives à l'affaire. En l'espèce, le jury a placé sa confiance entre bonnes mains. Il a reçu de l'arbitre impartial des directives claires et non équivoques concernant toutes les déclarations inappropriées de l'avocat de l'accusé. Ce sont ces directives qu'il a entendu en dernier, qu'il a gardé à l'esprit une fois dans la salle du jury et sur lesquelles il s'est appuyé au cours de ses délibérations. Les directives finales du juge du procès sont à bon droit présumées revêtir une grande importance pour le jury. C'est pourquoi elles sont minutieusement examinées par les cours d'appel. En l'espèce, les directives permettaient de rectifier tout effet préjudiciable qui aurait pu découler des déclarations regrettables des avocats dans leurs exposés.

Ni l'un ni l'autre avocat n'a été un modèle de perfection dans son exposé au jury. Je m'empresse toutefois d'ajouter que les remarques de l'avocat de l'intimé étaient beaucoup plus préjudiciables. Néanmoins, les directives du juge du procès concernant les exposés des avocats ont remédié à tout préjudice qui aurait pu en découler.

(5) *L'admissibilité du témoignage de Dallos*

Le témoignage de Dallos s'est présenté sous deux formes, la première étant une déposition donnée à la police d'État hongroise à Szeged le 16 janvier 1947. Dallos fut alors avisé de son obligation de dire la vérité et de la possibilité qu'il doive confirmer son témoignage sous serment. Il a témoigné que le commandant de la gendarmerie qui surveillait les Juifs séquestrés à la briqueterie était un nommé Bodolay. Le capitaine Finta, a-t-il affirmé, était responsable des détenus et de la confiscation de leurs biens.

La deuxième forme du témoignage consistait en une déposition faite par Dallos devant le tribunal du peuple de Szeged, dans laquelle il a déclaré de nouveau que Bodolay, de même qu'un homme appelé Narai, étaient à la tête de la briqueterie. Les deux témoignages, qui contenaient du ouï-dire, n'ont jamais été soumis à un contre-interrogatoire. La Cour d'appel à la majorité a fait remarquer

ness arising from the right of confrontation implicit in the adversarial system. However, the majority held that the trial judge did not err in admitting the evidence in light of this Court's judgment in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531. The majority determined that the requirement of necessity was clearly met in this case as the declarant was dead. It also determined that Dallos' statement had the requisite *indicia* of reliability. It noted, at p. 136:

The statements were made on a solemn occasion, somewhat akin to a court proceeding, by a person adverse to the party seeking to tender the statement. They appear to have been made by a person having peculiar means of knowledge of the events described in the statement, and the statements themselves distinguish between events within Dallos' personal knowledge and events about which he had merely received information from others.

The majority also determined that the fact that the statements were officially recorded and preserved favoured their admissibility. It held that cross-examination could shed little light on the truth of what Dallos said since only he could testify to that. On this issue they observed, at p. 136:

The cross-examination of which the Crown says it was deprived could only clarify what was said by Dallos. As in the case of a business record, there is little reason here to doubt the accuracy, as opposed to the truth, of what Dallos is reported to have said.

Finally, the majority held that the exception to the hearsay rule in the form of statements made against penal interest by a person who is unavailable could only be invoked by the defence. It concluded that it would be unfair to allow the Crown to prosecute an accused today with the assistance of evidence which had been in existence for some 46 years and which the accused was not given the opportunity to challenge.

qu'un élément d'équité découle du droit implicite du système contradictoire de confronter le témoin. Les juges majoritaires ont toutefois conclu que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en admettant le témoignage sur le fondement de la décision de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531. La majorité a également conclu que, l'auteur de la déclaration étant décédé, l'exigence de nécessité était clairement respectée, et que la déclaration de Dallos possédait l'indice nécessaire de fiabilité. Elle a dit à la p. 136:

[TRADUCTION] Les déclarations ont été faites lors d'une occasion solennelle, quelque peu semblable à une instance judiciaire, par une personne opposée à la partie cherchant à produire la déclaration. Elles semblent avoir été faites par une personne possédant une connaissance particulière des événements décrits dans la déclaration. De plus, les déclarations elles-mêmes établissent une distinction entre les événements qui se situent dans les limites de la connaissance personnelle de Dallos et les événements au sujet desquels des tiers lui avaient communiqué des renseignements.

La majorité a également déterminé que le fait que les déclarations aient été officiellement enregistrées et conservées privilégiait leur admissibilité. Elle a conclu que le contre-interrogatoire ne pourrait jeter que peu de lumière sur la vérité des propos de Dallos puisque lui seul pouvait en témoigner. Sur cette question, la majorité a conclu, à la p. 136:

[TRADUCTION] Le contre-interrogatoire dont le ministère public a prétendu être privé ne pourrait que clarifier les propos de Dallos. Comme dans le cas d'un dossier d'entreprise, il n'y a guère de raison en l'espèce de douter de l'exactitude, par opposition à la vérité, des propos que Dallos aurait tenus.

Enfin, la majorité a conclu que seule la défense peut invoquer l'exception à la règle du ouï-dire sous la forme de déclarations faites contre l'intérêt pénal par une personne qui ne peut témoigner. Les juges majoritaires ont conclu qu'il serait injuste de permettre au ministère public de poursuivre un accusé aujourd'hui avec l'aide d'une preuve ayant existé pendant quelque 46 ans, sans accorder à l'accusé la possibilité de la contester.

In *R. v. Williams* (1985), 18 C.C.C. (3d) 356, Martin J.A. stated that there is a need for a flexible application of some rules of evidence in order to prevent a miscarriage of justice. He said at p. 378: "It seems to me that a court has a residual discretion to relax in favour of the accused a strict rule of evidence where it is necessary to prevent a miscarriage of justice and where the danger against which an exclusionary rule aims to safeguard does not exist." His words are particularly apposite to this case.

In *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1, at p. 57, the Ontario Court of Appeal held that the rules of evidence were properly relaxed in order to permit a question to be asked of a witness the answer to which constituted inadmissible hearsay. This was permitted because to do otherwise would have denied the accused the right to make full answer and defence, a right encompassed in the term "fundamental justice" now enshrined in s. 7 of the *Charter*.

In *R. v. Khan*, *supra*, this Court observed that in recent years courts have adopted a more flexible approach to the hearsay rule, rooted in the principles and the policies underlying the hearsay rule, rather than in the narrow strictures of the traditional exceptions. The requirements for the admission of hearsay evidence are that it be necessary and reliable. Necessity may be present where no other evidence is available. The testimony may be found to be reliable when the person making the statement is disinterested, and the statement is made before any litigation is undertaken. It is also helpful if the declarant is possessed of a peculiar or special means of knowledge of the event. See also *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740. The evidence of Dallos meets all these criteria and was therefore admissible.

I agree with the majority of the Court of Appeal that there was a firm foundation supporting the trial judge's ruling that the evidence of Dallos was admissible. The importance of putting all relevant and reliable evidence that is available before the

Dans l'arrêt *R. c. Williams* (1985), 18 C.C.C. (3d) 356, le juge Martin de la Cour d'appel a dit qu'il était nécessaire d'appliquer avec souplesse certaines règles de preuve afin d'éviter qu'une erreur judiciaire soit commise. Il a dit à la p. 378: [TRADUCTION] «Il me semble qu'un tribunal a le pouvoir discrétionnaire résiduel d'assouplir en faveur de l'accusé une règle de preuve stricte lorsque cela est nécessaire pour éviter une erreur judiciaire et lorsque le danger que la règle d'exclusion est destinée à prévenir n'existe pas.» Ses propos sont particulièrement appropriés en l'espèce.

Dans l'arrêt *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1, à la p. 57, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que les règles de preuve étaient à juste titre assouplies afin de permettre qu'une question, dont la réponse constituait du ouï-dire inadmissible, soit posée à un témoin. La question fut permise parce que le contraire aurait privé l'accusé de son droit à une défense pleine et entière, un droit visé par la «justice fondamentale» maintenant garantie par l'art. 7 de la *Charte*.

Dans l'arrêt *R. c. Khan*, précité, notre Cour a signalé qu'au cours des dernières années, les tribunaux ont adopté en regard de la règle du ouï-dire une attitude plus souple, fondée sur les principes et les politiques qui sous-tendent la règle du ouï-dire plutôt que sur les restrictions étroites des exceptions traditionnelles. Pour être admissible, la preuve par ouï-dire doit être à la fois nécessaire et fiable. Elle peut s'avérer nécessaire lorsqu'il n'existe aucune autre preuve. Le témoignage pourra être jugé fiable lorsque l'auteur de la déclaration est désintéressé et que la déclaration est faite avant que toute poursuite soit engagée. Le témoignage est également utile si l'auteur de la déclaration possède une connaissance particulière ou spéciale des événements. Voir aussi *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, et *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740. Le témoignage de Dallos respectant tous ces critères, il était par conséquent admissible.

Je suis d'accord avec la Cour d'appel à la majorité que la décision du juge du procès d'admettre le témoignage de Dallos était bien fondée. L'importance de présenter au juge des faits tous les éléments de preuve pertinents et fiables existants afin

trier of fact in order to provide the clearest possible picture of what happened at the time of the offences is indisputable. It would have been unfair to have deprived the respondent of the benefit of having all relevant, probative and reliable evidence before the jury. This is particularly true of evidence that could be considered to be helpful to his position.

(6) *Trial Judge's Calling Evidence of Dallos, Kemeny and Ballo Himself*

The trial judge found that the evidence of Dallos was essential to the narrative as he was in a unique position to observe directly the command structure in the brickyard.

With respect to the evidence of Ballo and Kemeny, the trial judge ruled that their evidence was essential to the unfolding of the narrative on which the prosecution was based. In his decision to call the evidence himself he also considered their evidence to be significant in relation to the confinement, to the question as to who was in command of the brickyard, and to the quality of evidence of the other survivors who testified that Finta was the commander. Additionally, he considered the fact that the evidence of Kemeny and Ballo could potentially support an inference quite different from that left by all the other survivors. Kemeny was the only living witness who, as one of the Jewish leaders, was involved in the administrative centre of the brickyard, including the preparation of the list of names of those who were to be deported from the brickyard. The transcript of her testimony at Finta's trial in Hungary revealed that she could not identify Finta as the commander of the brickyard. Indeed, she went further and said that she never heard his name. Ballo was the only witness who testified regarding the house in the area of the brickyard, guarded by a Gendarme, in which a German officer had his seat. This could have been viewed by a jury as strong evidence that the commander of the brickyard was a German officer.

qu'on ait un portrait des plus précis des événements à l'époque des infractions est indiscutable. Il aurait été injuste de priver l'intimé de l'avantage que tous les éléments de preuve pertinents, probants et fiables soient présentés au jury. C'est particulièrement vrai de la preuve qui pourrait être jugée utile à sa cause.

(6) *Les témoignages de Dallos, Kemeny et Ballo produits par le juge du procès lui-même*

Le juge du procès a conclu que le témoignage de Dallos était essentiel au récit puisque, grâce à sa situation unique, ce témoin a pu observer lui-même la hiérarchie de commandement mise en place à la briqueterie.

En ce qui concerne les témoignages de Ballo et de Kemeny, le juge du procès a déclaré qu'ils étaient essentiels quant au déroulement du récit sur lequel la poursuite était fondée. Sa décision de présenter lui-même les témoignages était également fondée sur leur importance relativement à la séquestration, à la question de savoir qui était aux commandes de la briqueterie et à la qualité des dépositions des autres survivants qui ont témoigné que Finta était le commandant. En outre, le juge du procès a tenu compte du fait que les témoignages de Kemeny et de Ballo pouvaient éventuellement permettre de tirer une conclusion très différente de celle découlant de la déposition des autres survivants. Kemeny est le seul témoin survivant qui, à titre de dirigeante juive, travaillait au centre administratif de la briqueterie, notamment à la préparation de la liste des noms de ceux qui devaient être déportés à partir de la briqueterie. La transcription du témoignage qu'elle a donné lors du procès de Finta en Hongrie a révélé qu'elle n'avait pu identifier Finta comme le commandant de la briqueterie. En fait, elle est allée plus loin en ajoutant qu'elle n'avait jamais entendu son nom. Ballo était le seul à avoir témoigné sur la maison sise près de la briqueterie, gardée par un gendarme, qui était le siège d'un officier allemand. Cet élément aurait pu être considéré par le jury comme une preuve convaincante que le commandant de la briqueterie était un officier allemand.

The majority of the Court of Appeal held that the evidence of Dallos, Kemeny and Ballo should not have been called by the trial judge, as he was moved to proceed in this way in order to preserve the right of the defence to address the jury last. With respect, I disagree. In a case such as this where the evidence of witnesses is based on events that occurred over 45 years ago, it is essential that all evidence which is relevant, probative and relatively reliable be admitted. The jury must have the benefit of all the testimony pertaining to events which occurred at the time of the alleged offences. Furthermore, it would have been manifestly unfair if the jury had returned a verdict of guilty without having considered the available evidence which suggested that Finta was not the commander of the brickyard. Since such a possibility existed, the trial judge correctly decided to call the evidence on his own behalf since both sides refused to call the evidence themselves. In my view, this was entirely appropriate. What happened to the Jewish people in Hungary was despicably cruel and inhumane. Yet those who are charged with those fearful crimes are entitled to a fair trial. It is the fundamental right of all who come before the courts in Canada. In order to ensure a fair trial for Finta, the evidence of these witnesses had to be presented to the jury.

La Cour d'appel à la majorité a conclu que les témoignages de Dallos, Kemeny et Ballo n'auraient pas dû être produits par le juge du procès puisqu'il a été incité à procéder ainsi afin de préserver le droit de la défense de s'adresser au jury en dernier. Avec égards, je ne suis pas d'accord. Dans un cas comme la présente affaire, où les dépositions des témoins sont fondées sur des événements qui se sont déroulés il y a plus de 45 ans, il est essentiel que tous les éléments de preuve pertinents, probants et relativement fiables soient admis. Le jury doit avoir le bénéfice de tous les témoignages portant sur les événements qui se sont déroulés à l'époque des infractions reprochées. En outre, il aurait été manifestement injuste que le jury prononce un verdict de culpabilité sans avoir considéré la preuve qui laissait entendre que Finta n'était pas le commandant de la briqueterie. Comme cette possibilité existait, le juge du procès a eu raison de décider de présenter les témoignages lui-même puisque les deux parties refusaient de le faire. À mon avis, sa décision était tout à fait fondée. Les Juifs en Hongrie ont subi des traitements bassement cruels et inhumains. Ceux qui sont accusés d'avoir commis ces crimes affreux ont néanmoins droit à un procès équitable. C'est le droit fondamental de tous ceux qui sont jugés par les tribunaux canadiens. Pour garantir un procès équitable à Finta, il était donc nécessaire de présenter au jury les dépositions de ces témoins.

The evidence was admissible. It was important in determining the outcome of this case. It was known to be available to the court. If a miscarriage of justice was to be avoided then the trial judge was bound to call this evidence. I can see no alternative to that decision. This is one of those rare cases where the residual discretion resting with a trial judge to call witnesses was properly exercised.

Les témoignages étaient admissibles. Ils étaient importants quant à l'issue de la présente affaire. La cour savait qu'ils existaient. Pour éviter toute erreur judiciaire, le juge du procès devait citer ces témoignages. Je ne vois aucune autre solution. Il s'agit de l'un des rares cas où le pouvoir discrétionnaire résiduel conféré au juge du procès de citer des témoins a été exercé correctement.

(i) Canadian and English Law

(i) Le droit canadien et le droit anglais

It has long been recognized in Canada and in England that in criminal cases a trial judge has a limited discretion to call witnesses without the consent of the parties. This step may be taken if, in the opinion of the trial judge it is necessary for the discovery of truth or in the interests of justice. This

Il est depuis longtemps reconnu au Canada et en Angleterre qu'en matière criminelle, le juge du procès est investi du pouvoir discrétionnaire limité de citer des témoins sans le consentement des parties. Il peut prendre cette mesure si, à son avis, la recherche de la vérité ou l'intérêt de la justice

discretion is justified in criminal cases because "the liberty of the accused is at stake and the object of the proceedings is to see that justice be done as between the accused and the state" (Sopinka, Lederman and Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at p. 826).

The discretion should only be exercised rarely and then with extreme care, so as not to interfere with the adversarial nature of the trial procedure or prejudice the accused. It should not be exercised after the close of the defence case, unless the matter was one which could not have been foreseen. (See Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at p. 826; Peter K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3rd ed. 1988), at para. 27:10830 "Right of judge to call witnesses", at pp. 27-15 and 27-16; *Cross on Evidence* (7th ed. 1990), at pp. 266-68); *Phipson on Evidence* (14th ed. 1990), at pp. 219-20; Archbold, *Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases* (45th ed. 1993), at p. 1/555; see also annotation by Philip C. Stenning, "'One Blind Man To See Fair Play': The Judge's Right To Call Witnesses" (1974), 24 C.R.N.S. 49, and Michael Newark and Alec Samuels, "Let the Judge Call the Witness", [1969] *Crim. L. Rev.* 399.)

There is very little case law on how the discretion should be exercised. In his annotation, *supra*, Stenning enumerates seven propositions derived from English case law. These propositions were cited with approval as correctly stating the Canadian law in *Campbell v. The Queen* (1982), 31 C.R. (3d) 166 (P.E.I.S.C.), at pp. 172-75, *per* Campbell J., and in *R. v. S. (P.R.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 109 (Ont H.C.), *per* McKinlay J. (as she then was), affirming decision of Kurisko Dist. Ct. J. A summary of these propositions is as follows:

1. The trial judge may call a witness not called by either the prosecution or the defence, and without the consent of either the prosecution or the defence, if in his opinion this course is necessary in the interest of justice: *R. v. Harris* (1927), 20 Cr. App. R. 86 at p. 89

l'exigent. En matière criminelle, ce pouvoir discrétionnaire est justifié parce que [TRADUCTION] «la liberté de l'accusé est en jeu et l'instance vise à ce que justice soit rendue à l'égard de l'accusé et de l'État» (Sopinka, Lederman et Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), à la p. 826).

Le pouvoir discrétionnaire ne devrait être exercé que rarement et, alors, avec une extrême prudence afin de ne pas entraver la nature contradictoire du procès ou de ne pas causer de préjudice à l'accusé. Il ne devrait être exercé, lorsque la présentation de la preuve de la défense est terminée, que si la question n'aurait pu être prévue. (Voir Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, à la p. 826; Peter K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence*, (3e éd. 1988), au par. 27:10830 «Right of judge to call witnesses», aux pp. 27-15 et 27-16; *Cross on Evidence* (7e éd. 1990), aux pp. 266 à 268; *Phipson on Evidence* (14e éd. 1990), aux pp. 219 et 220; Archbold, *Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases* (45e éd. 1993), à la p. 1/555; voir également les commentaires de Philip C. Stenning, ««One Blind Man To See Fair Play»: The Judge's Right To Call Witnesses» (1974), 24 C.R.N.S. 49, et Michael Newark et Alec Samuels, «Let the Judge Call the Witness», [1969] *Crim. L. Rev.* 399.)

Il existe très peu de jurisprudence portant sur la façon d'exercer le pouvoir discrétionnaire. Dans ses commentaires, *loc. cit.*, Stenning énumère sept propositions nées de la jurisprudence anglaise. Au motif qu'elles reflétaient fidèlement le droit canadien, ces propositions ont été reprises avec approbation dans les arrêts *Campbell c. The Queen* (1982), 31 C.R. (3d) 166 (C.S.Î.P.-É.), aux pp. 172 à 175, le juge Campbell, et *R. c. S. (P.R.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 109 (H.C. Ont.) le juge McKinlay (maintenant juge de la Cour d'appel), confirmant la décision du juge Kurisko de la Cour de district. Voici un résumé de ces propositions:

1. Le juge du procès peut citer un témoin que ni la poursuite ni la défense n'a cité, et sans leur consentement, s'il est d'avis que l'intérêt de la justice l'exige: *R. c. Harris* (1927), 20 Cr. App. R. 86, à la p. 89 (B.R.); *R. c. Holden* (1838), 8 Car. & P. 606, 173 E.R.

(K.B.); *R. v. Holden* (1838), 8 Car. & P. 606, 173 E.R. 638; *R. v. Brown*, [1967] 3 C.C.C. 210, at p. 215, *per* Hyde J. (dissenting in part on another issue), at pp. 219-20 *per* Taschereau J. (for the majority); *R. v. Bouchard* (1973), 24 C.R.N.S. 31, (N.S. Co. Ct.), at p. 46; *Campbell v. The Queen*, *supra*, at pp. 172-75; *R. v. S. (P.R.)*, *supra*, at pp. 111, 119-24; *R. v. Black* (1990), 55 C.C.C. (3d) 421 (N.S.S.C.A.D.), at p. 425.

2. The right to call a witness after the close of the case of the defence should normally be limited to a case where a matter was one which could not have been foreseen.

3. A witness may be called after the close of the defence not in order to supplement the evidence of the prosecution but to ascertain the truth and put all the evidence before the jury.

4. The trial judge may not exercise his right to call a witness after the jury has retired, even at the request of the jury.

5. In a non-jury case, in the absence of special circumstances, it is wrong to allow new evidence to be called once a trial judge has retired, and probably after the defence has closed its case.

6. A judge ought not to exercise his discretion to call a witness if the defence would in no way be prejudiced by calling the witness. The defence should not be permitted in this way to use the judge to call their witness to give him a greater appearance of objectivity.

7. The calling of the witness after the defence has closed its case is a factor which may be taken into account on appeal.

None of these propositions is really helpful in deciding how the trial judge should have exercised his discretion in this case. In a number of reported decisions, trial judges have called witnesses themselves and either been upheld on appeal, or not

638; *R. c. Brown*, [1967] 3 C.C.C. 210, à la p. 215, le juge Hyde (dissident en partie sur une autre question), aux pp. 219 et 220, le juge Taschereau (au nom de la majorité); *R. c. Bouchard* (1973), 24 C.R.N.S. 31 (C. cté N.-É.), à la p. 46; *Campbell c. The Queen*, précité, aux pp. 172 à 175; *R. c. S. (P.R.)*, précité, aux pp. 111, et 119 à 124; *R. c. Black* (1990), 55 C.C.C. (3d) 421 (C.S. N.-É., Sect. app.), à la p. 425.

2. Le droit de citer un témoin une fois la défense terminée devrait normalement se limiter aux cas où la question n'aurait pu être prévue.

3. Un témoin peut être cité une fois la défense terminée, non pas en vue de compléter la preuve de la poursuite, mais pour établir la vérité et présenter tous les éléments de preuve au jury.

4. Le juge du procès ne peut exercer son droit de citer un témoin après que le jury s'est retiré, même à la demande de celui-ci.

5. Dans une affaire où le juge siège seul, et en l'absence de circonstances exceptionnelles, il est interdit de présenter une nouvelle preuve après que le juge du procès s'est retiré, et vraisemblablement après que la défense a terminé la présentation de sa preuve.

6. Le juge ne devrait pas exercer son pouvoir discrétionnaire de citer un témoin dans les cas où la défense ne subirait aucun préjudice si elle le citait elle-même. En effet, la défense ne devrait pas pouvoir utiliser le pouvoir du juge de citer ses témoins pour qu'il soit donné à ces derniers une plus grande apparence d'objectivité.

7. En appel, il peut être tenu compte du fait qu'un témoin a été cité après la fin de la présentation de la preuve par la défense.

Aucune de ces propositions ne peut vraiment nous aider à déterminer la façon dont le juge du procès aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire en l'espèce. On retrouve un certain nombre de décisions publiées, où les juges du procès ont

appealed. For example in a murder trial, where three doctors examined the body of the deceased and had a difference of opinion, and only two of those doctors were called by the prosecution, the trial judge called the third doctor (*R. v. Holden*, *supra*). In a trial for "riot" and wounding with intent to cause grievous bodily harm, the trial judge called two eye witnesses (*R. v. Tregear*, [1967] 2 Q.B. 574 (C.A.)). In a trial for impaired driving the trial judge called a doctor who could provide the factual basis for earlier expert testimony given on the defence of automatism (*R. v. Bouchard*, *supra*). In a trial for indecent assault and sexual assault the accused sought to adduce polygraph evidence and the crown called an expert to testify to the unreliability of such evidence. The accused could not afford an expert to support the opposing position. The trial judge called an expert on the reliability of polygraphs, so the court would have the benefit of hearing evidence on both sides of the issue (*R. v. S. (P.R.)*, *supra*).

cité des témoins eux-mêmes. Leur décision a été confirmée en appel, ou elle n'a pas fait l'objet d'un appel. Ainsi, dans un procès pour meurtre, où trois médecins avaient examiné le corps de la victime et formé des opinions différentes et où seuls deux d'entre eux avaient été cités par la poursuite, le juge du procès a cité le troisième médecin (*R. c. Holden*, précité). Dans un procès pour «émeute» et blessures avec intention de causer des lésions corporelles graves, le juge du procès a cité deux témoins oculaires (*R. c. Tregear*, [1967] 2 Q.B. 574 (C.A.)). Dans un procès pour conduite avec facultés affaiblies, le juge du procès a cité un médecin qui était en mesure d'apporter un fondement factuel au témoignage d'expert déposé antérieurement sur la défense d'automatisme (*R. c. Bouchard*, précité). Dans un procès pour attentat à la pudeur et agression sexuelle, où l'accusé avait tenté de produire une preuve par détecteur de mensonge, le ministère public a cité un expert devant témoigner sur la non-fiabilité d'une telle preuve. L'accusé n'était pas financièrement en mesure de citer un témoin expert appuyant la position adverse. Le juge du procès a donc cité un expert pouvant témoigner sur la fiabilité des détecteurs de mensonge afin que la cour ait l'avantage d'entendre un témoignage à l'appui des deux côtés de la question (*R. c. S. (P.R.)*, précité).

(ii) American Law

The American law is essentially the same as the Canadian and British law. A trial judge has the discretion to call witnesses whom the parties do not choose to present: *McCormick on Evidence* (4th ed. 1992), vol. 1, at pp. 23, 26; Annot., 67 A.L.R.2d 538; Annot., 53 A.L.R. Fed. 498. *United States v. Lutwak*, 195 F.2d 748 (7th Cir. 1952), at pp. 754-55, aff'd 344 U.S. 604 (1952), rehearing denied 345 U.S. 919 (1953), refers to the discretion in these words, at pp. 754-55:

Indeed, it is generally recognized that where there is a witness to a crime for whose veracity and integrity the prosecuting attorney is not willing to vouch, he is not compelled to call the witness, but that the court, in its discretion, may do so and allow cross examination by both sides within proper bounds.

(ii) Le droit américain

Le droit américain est essentiellement identique au droit canadien et au droit anglais. Le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de citer des témoins que les parties choisissent de ne pas appeler: *McCormick on Evidence*, vol. 1 (4e éd. 1992), aux pp. 23 et 26; Annot., 67 A.L.R.2d 538; Annot., 53 A.L.R. Fed. 498. Dans l'arrêt *United States c. Lutwak*, 195 F.2d 748 (7th Cir. 1952), aux pp. 754 et 755, conf. par 344 U.S. 604 (1952), nouvelle audience refusée 345 U.S. 919 (1953), on invoque le pouvoir discrétionnaire dans les termes suivants aux pp. 754 et 755:

[TRADUCTION] En fait, il est généralement reconnu que l'avocat de la poursuite n'est pas tenu de citer le témoin d'un crime dont il n'est pas disposé à garantir la sincérité et l'intégrité, mais que la cour peut, à sa discrétion, le faire et permettre le contre-interrogatoire par les deux parties dans les limites acceptables.

Another statement of the discretion is found in *United States v. Marzano*, 149 F.2d 923 (2nd Cir. 1945), at p. 925:

> It is permissible, though it is seldom very desirable, for a judge to call and examine a witness whom the parties do not wish to call . . . . A judge is more than a moderator; he is charged to see that the law is properly administered, and it is a duty which he cannot discharge by remaining inert.

A similar statement was made, *obiter*, in *United States v. Liddy*, 509 F.2d 428 (D.C. 1974), at p. 438, *certiorari* denied 420 U.S. 911 (1975):

> The precepts of fair trial and judicial objectivity do not require a judge to be inert. The trial judge is properly governed by the interest of justice and truth, and is not compelled to act as if he were merely presiding at a sporting match. He is not a "mere moderator". As Justice Frankfurter put it, "(f)ederal judges are not referees at prize-fights but functionaries of justice". . . . A federal trial judge has inherent authority not only to comment on the evidence adduced by counsel, but also — in appropriate instances — to call or recall and question witnesses. He may do this when he believes the additional testimony will be helpful to the jurors in ascertaining the truth and discharging their fact-finding function.

Some other federal cases recognizing this discretion are: *Young v. United States*, 107 F.2d 490 (5th Cir. 1939); *Estrella-Ortega v. United States*, 423 F.2d 509 (9th Cir. 1970); *United States v. Pape*, 144 F.2d 778 (2nd Cir. 1944); *Steinberg v. United States*, 162 F.2d 120 (5th Cir. 1947); *United States v. Browne*, 313 F.2d 197 (2nd Cir. 1963).

It has been observed that appellate courts should be hesitant to interfere in the trial judge's exercise of his discretion:

> An appellate court should not interfere with the district court's performance of that sensitive task [exercising the discretion] absent a clear showing of an abuse of discretion, resulting in prejudice to the defendant.

(*Estrella-Ortega v. United States*, *supra*, at p. 511.)

L'arrêt *United States c. Marzano*, 149 F.2d 923 (2nd Cir. 1945), à la p. 925, parle également de ce pouvoir discrétionnaire:

> [TRADUCTION] Le juge peut, bien que ce soit rarement très souhaitable, citer et interroger un témoin que les parties ne souhaitent pas appeler. [. . .] Le juge est plus qu'un modérateur; il doit veiller à ce que la loi soit appliquée régulièrement, fonction dont il ne peut s'acquitter en demeurant passif.

Une constatation semblable a été faite de façon incidente dans l'arrêt *United States c. Liddy*, 509 F.2d 428 (D.C. 1974), à la p. 438, *certiorari* refusé 420 U.S. 911 (1975):

> [TRADUCTION] Les préceptes du procès équitable et de l'objectivité judiciaire n'exigent pas la passivité du juge. Ce dernier, à juste titre guidé par l'intérêt de la justice et la vérité, n'est pas contraint d'agir comme s'il était simplement l'arbitre d'une compétition sportive. Il est plus qu'un «simple modérateur». Comme le dit le juge Frankfurter, «(l)es juges fédéraux ne sont pas des arbitres de boxe professionnelle, mais des fonctionnaires au service de la justice». [. . .] Au pouvoir inhérent du juge du procès fédéral de commenter la preuve produite par les avocats, s'ajoute celui — dans les cas appropriés — de citer, citer de nouveau et interroger des témoins. Le juge peut exercer ce pouvoir s'il estime que le témoignage additionnel aidera le jury à établir la vérité et à s'acquitter de sa fonction de recherche des faits.

Les tribunaux fédéraux ont reconnu ce pouvoir discrétionnaire dans d'autres affaires: *Young c. United States*, 107 F.2d 490 (5th Cir. 1939); *Estrella-Ortega c. United States*, 423 F.2d 509 (9th Cir. 1970); *United States c. Pape*, 144 F.2d 778 (2nd Cir. 1944); *Steinberg c. United States*, 162 F.2d 120 (5th Cir. 1947); *United States c. Browne*, 313 F.2d 197 (2nd Cir. 1963).

On a signalé que les tribunaux d'appel devraient se garder d'intervenir dans l'exercice par le juge du procès de son pouvoir discrétionnaire:

> [TRADUCTION] Un tribunal d'appel ne devrait pas s'immiscer dans l'exécution par une cour de district de cette tâche délicate [l'exercice du pouvoir discrétionnaire] en l'absence d'un signe évident d'abus du pouvoir discrétionnaire causant un préjudice au défendeur.

(*Estrella-Ortega c. United States*, précité, à la p. 511.)

In the United States the trial judge's discretion to call witnesses exists both at common law, and under Rule 614(a) of the *Federal Rules of Evidence*, which has been held to be declaratory of the pre-existing common law: *United States v. Ostrer*, 422 F.Supp. 93 (S.D.N.Y. 1976), at p. 103.

(iii) Summary as to the Discretion of the Trial Judge to Call Witnesses and the Exercise of that Discretion in this Case

In order to take this unusual and serious step of calling witnesses, the trial judge must believe it is essential to exercise the discretion in order to do justice in the case. In the case at bar, where the trial judge had decided that certain evidence was essential to the narrative it was a reasonable and proper exercise of the discretion to call the evidence if the Crown refused to do so. It is essential in a case where the events took place 45 years ago that all material evidence be put before the jury. With the passage of time it becomes increasingly difficult to get at the truth of events; witnesses die or cannot be located, memories fade, and evidence can be so easily forever lost. It is then essential that in such a case all available accounts are placed before the court. The majority of the Court of Appeal dismissed concerns about the problems of defending in this case by saying that all cases pose difficulties in presenting a defence. With respect, I think this fails to recognize that this case presents very real difficulties for the defence in getting at the truth which are not comparable to other cases due to the length of time that has elapsed since the events at issue occurred.

The Court of Appeal erred in holding that the trial judge was wrong to take into account the fact that if he did not call the evidence the defence would lose its right to address the jury last. In a case where the trial judge has found that the evidence in question should have been called by the

Aux États-Unis, le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de citer des témoins existe en vertu tant de la common law que de la règle 614a) des *Federal Rules of Evidence* qui, a-t-on jugé, est déclaratoire de la common law préexistante: *United States c. Ostrer*, 422 F.Supp. 93 (S.D.N.Y. 1976), à la p. 103.

(iii) Résumé du pouvoir discrétionnaire du juge du procès de citer des témoins, et l'exercice de ce pouvoir en l'espèce

Le juge du procès doit, pour recourir à cette pratique inhabituelle et sérieuse de citer des témoins, estimer qu'il est nécessaire d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour que justice soit rendue. En l'espèce, le juge du procès ayant décidé que certains éléments de preuve étaient essentiels au récit, l'exercice du pouvoir discrétionnaire de présenter la preuve si le ministère public refusait de le faire était raisonnable et approprié. Dans une affaire où les événements se sont déroulés il y a 45 ans, il est essentiel que tous les éléments de preuve pertinents soient présentés au jury. Les années écoulées rendent difficile la tâche d'obtenir la vérité sur les événements; les témoins meurent ou sont introuvables, la mémoire décline et les éléments de preuve peuvent si facilement être perdus à jamais. Il est alors important que, dans un tel cas, toutes les versions existantes soient présentées à la cour. La Cour d'appel à la majorité a écarté les préoccupations relatives à la présentation d'une défense en l'espèce en disant que toutes les affaires posent des difficultés dans ce domaine. Avec égards, j'estime qu'elle néglige ainsi le fait que, dans la présente affaire, la défense éprouve des difficultés très réelles à établir la vérité, lesquelles ne peuvent se comparer à ce qui se produit dans d'autres affaires en raison de la période qui s'est écoulée depuis les événements en question.

La Cour d'appel a commis une erreur en concluant que le juge du procès n'aurait pas dû tenir compte du fait que, s'il ne présentait pas la preuve, la défense perdrait son droit de s'adresser au jury en dernier. Lorsque le juge du procès a conclu que la preuve en question aurait dû être produite par le

Crown, the issue of who addresses the jury last is indeed relevant. If this were not so it would be open to the Crown not to call certain evidence in order to force the defence to give up its right to address the jury last. I am certainly not suggesting the Crown acted for improper reasons in this case, but it seems to me that the opportunity for such abuse should not be left open. Further, I think the trial judge's concern for the order of addresses to the jury was secondary to his finding that the evidence was essential to the narrative, which was the principal reason for calling the evidence himself.

ministère public, la question de savoir qui s'adresse au jury en dernier est effectivement pertinente. Sinon, il serait loisible au ministère public de ne pas produire certains éléments de preuve afin de forcer la défense à abandonner son droit de s'adresser au jury en dernier. Je ne veux certainement pas donner à entendre que les motifs du ministère public en l'espèce étaient illégitimes, mais il me semble qu'il faudrait fermer la porte au risque d'un tel abus. En outre, j'estime que la préoccupation du juge du procès quant à l'ordre des exposés au jury était d'importance secondaire par rapport à sa conclusion que la preuve était essentielle au récit, principale raison pour laquelle il l'a présentée lui-même.

Finally, I do not think the appellant can be correct that the trial judge should have waited until after the defence had decided whether or not to call evidence before he called the evidence in question himself. The trial judge could not do that without risking offending the rule that a trial judge should not call evidence him- or herself after the close of the defence case unless the matter was unforeseeable. If the trial judge had waited, and the defence had elected not to call evidence, the trial judge would have been prevented from calling the evidence, as the matter was readily foreseeable, and calling it at that point would have been prejudicial to the defence.

Enfin, à mon avis, l'appelante a tort de soutenir que le juge du procès aurait dû attendre que la défense décide de présenter ou non la preuve en question avant de la présenter lui-même. Le juge du procès ne pouvait effectivement agir ainsi sans risquer d'enfreindre la règle suivant laquelle, après que la défense a terminé la présentation de sa preuve, il ne devrait pas présenter de preuve lui-même que si la question était imprévisible. Si le juge du procès avait attendu, et que la défense avait choisi de ne pas présenter de preuve, il n'aurait pu le faire lui-même puisque la question était fort prévisible, et la présenter à ce moment-là aurait causé un préjudice à la défense.

(7) *Jury Instructions on the Identification Evidence*

(7) *Les directives au jury quant à la preuve d'identification*

The appellant argues that the trial judge improperly linked the Dallos evidence to the Crown's identification evidence of the respondent, and thereby called into question the Crown's *viva voce* evidence which identified the respondent as the commander of the brickyard. A witness by the name of Mrs. Fonyo testified that there was someone who looked like the respondent who was not in charge of the brickyard. She stated that Finta was in charge of the brickyard. The appellant argues that the trial judge's linking of Mrs. Fonyo's evidence to that of the witness Dallos may have created a strong impression in the mind of the jury that Finta was the look-alike while a man by

L'appelante soutient que le juge du procès a commis une erreur en reliant le témoignage de Dallos à la preuve d'identification du ministère public mettant ainsi en doute le témoignage *viva voce* cité par ce dernier, qui identifiait l'intimé comme le commandant de la briqueterie. Une dame Fonyo a témoigné qu'il y avait un homme ressemblant à l'intimé qui n'était pas à la tête de la briqueterie. Elle a déclaré que Finta dirigeait la briqueterie. L'appelante soutient qu'en reliant le témoignage de Mme Fonyo à celui du témoin Dallos, le juge du procès a pu créer chez le jury la forte impression que Finta ressemblait au commandant de la briqueterie, mais qu'un lieutenant

the name of Lieutenant Bodolay was the commander of the brickyard. The appellant argues that there was little evidence to support such an inference and the trial judge should have indicated this to the jury.

A reading of the trial judge's charge to the jury leads me to believe that his instructions on this point were satisfactory. He did not dwell on this connection, and his reference to it was preceded and followed by admonitions to be very cautious about the weight to be attached to the evidence. Furthermore, throughout his charge to the jury, the trial judge reminded the jury that they were the judges of the facts, and that they were free to disregard any inferences which he may have suggested that they make. In other words, they were free to disagree with his conclusions on the evidence and to draw their own inferences based on their perceptions of the strength of the witnesses' testimony and other factors. Thus, in my view, the jury was not misdirected on the identification issue.

Conclusion on the Appeal

For the reasons stated above, I am of the view that the appeal should be dismissed.

The Cross-Appeal (8) and (9)

Leave was granted to the respondent to cross-appeal. The Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Does s. 7(3.74) of the *Criminal Code* violate ss. 7, 11(*a*), 11(*b*), 11(*d*), 11(*g*), 12 or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If the answer to this question is in the affirmative, is s. 7(3.74) of the *Criminal Code* a reasonable limit in a free and democratic society and justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

3. Does s. 7(3.71) read with s. 7(3.76) of the *Criminal Code* violate ss. 7, 11(*a*), 11(*b*), 11(*d*), 11(*g*), 12 or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

4. If the answer to this question is in the affirmative, is s. 7(3.71) read with s. 7(3.76) of the *Criminal Code* a reasonable limit in a free and

du nom de Bodolay en était le véritable commandant. Selon l'appelante, il n'y avait guère de preuve appuyant une telle conclusion, et le juge du procès aurait dû le mentionner au jury.

Une lecture de l'exposé du juge du procès au jury m'amène à conclure que ses directives à cet égard étaient satisfaisantes. Il n'a pas insisté sur cette relation, et ses propos à cet égard ont été précédés et suivis d'invitations à une extrême prudence dans l'appréciation de la preuve. De plus, tout au long de son exposé aux jurés, le juge du procès leur a rappelé qu'ils étaient les juges des faits et qu'ils étaient libres de ne pas tenir compte des conclusions qu'il avait pu les inciter à tirer. En d'autres termes, ils pouvaient se dissocier de ses conclusions sur la preuve et tirer leurs propres conclusions en se fondant, notamment, sur leur opinion de la valeur des témoignages. À mon sens, les directives au jury sur la question de l'identification étaient donc appropriées.

Conclusion quant au pourvoi

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Le pourvoi incident (8) et (9)

L'intimé a reçu l'autorisation d'interjeter un pourvoi incident. Le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Le paragraphe 7(3.74) du *Code criminel* viole-t-il les art. 7, 11*a*), 11*b*), 11*d*), 11*g*), 12 ou 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Si la réponse à cette question est affirmative, le par. 7(3.74) du *Code criminel* est-il une limite qui est raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique et donc justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. Le paragraphe 7(3.71) interprété conjointement avec le par. 7(3.76) du *Code criminel*, viole-t-il les art. 7, 11*a*), 11*b*), 11*d*), 11*g*), 12 ou 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

4. Si la réponse à cette question est affirmative, le par. 7(3.71) interprété conjointement avec le par. 7(3.76) du *Code criminel*, est-il une limite qui

democratic society and justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

(i) Do Sections 7(3.74) and (3.76) of the *Criminal Code* Violate Section 7 of the *Charter* Because These Purport to Remove the Protection of Section 15 of the *Criminal Code*?

(8) *Charter Violation*

The respondent argues that the removal of the defence of obedience to *de facto* law by operation of s. 7(3.74) of the *Criminal Code* constitutes a violation of the principles of fundamental justice. It is contended that it is reasonable to assume that because Finta acted in obedience to the law (the Baky Order), he did not have the guilty mind required to found a conviction for the offence. In other words, he might well have had an honest, though mistaken belief that the Baky Order was lawful and therefore, if he acted in obedience to the law, he cannot be faulted. I cannot agree.

It was noted earlier that s. 7(3.74) is permissive rather than mandatory. There may well be situations where the law is not manifestly unlawful, and as a consequence the accused may be able to argue mistaken belief in the validity of the law successfully. The existence of a law which is unlawful but not manifestly so will not give rise to a defence of obedience to *de facto* law *per se*. Rather, it will be one of the factors that may be taken into account in determining whether the individual had the requisite guilty mind. However if the jury finds that the accused was aware of factual circumstances which would render his or her actions a crime against humanity or a war crime, it would be highly unlikely that a mistaken belief in the validity of a law could provide a defence to the commission of the inhumane acts. However, the removal of the defence of obedience to *de facto* law does not relieve the Crown of its obligation to prove the requisite *mens rea*. As well, the accused is entitled to raise any defence that may be appropriate, such as obedience to military orders. The issue was

est raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique et donc justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

(i) Les paragraphes 7(3.74) et (3.76) du *Code criminel* violent-ils l'art. 7 de la *Charte* du fait qu'ils visent à éliminer la protection offerte par l'art. 15 du *Code criminel*?

(8) *Violation de la Charte*

L'intimé soutient qu'en éliminant le moyen de défense fondé sur l'obéissance à la loi de facto, le par. 7(3.74) du *Code criminel* viole les principes de justice fondamentale. Il serait selon lui raisonnable de présumer que, parce qu'il a agi conformément à la loi (le décret de Baky), il n'avait pas l'intention coupable requise pour être déclaré coupable de l'infraction. En d'autres termes, il aurait très bien pu croire sincèrement, bien que par méprise, que le décret de Baky était légal. S'il a agi en exécution de la loi, on ne peut donc le lui reprocher. Je ne peux souscrire à cet argument.

Je le répète, le par. 7(3.74) ne crée pas une obligation, il accorde une faculté. Il peut très bien exister des situations où la loi n'est pas manifestement illégale et où, en conséquence, l'accusé peut soutenir avec succès qu'il a cru erronément que la loi était valide. L'existence d'une loi qui est illégale sans l'être manifestement ne donnera pas lieu en soi à la défense d'obéissance à la loi de facto. Elle sera plutôt l'un des facteurs à considérer pour déterminer si l'individu avait l'intention coupable nécessaire. Toutefois, si le jury conclut que l'accusé connaissait des circonstances factuelles qui érigeraient ses actes au niveau d'un crime contre l'humanité ou d'un crime de guerre, il serait fort peu probable que celui-ci puisse, pour justifier la perpétration d'actes inhumains, invoquer sa croyance erronée que la loi était valide. L'élimination du moyen de défense fondé sur l'obéissance à la loi de facto ne décharge toutefois pas le ministère public de son obligation d'établir la *mens rea* requise. De même, l'accusé a le droit d'invoquer tous les moyens de défense appropriés, telle

aptly dealt with in Smith and Hogan, *Criminal Law* (7th ed. 1992), at pp. 261-62, in this way:

> Though there is little authority on this question, it is safe to assert that it is not a defence for D merely to show that the act was done by him in obedience to the orders of a superior, whether military or civil .... The fact that D was acting under orders may, nevertheless, be very relevant. It may negative *mens rea* by, for example, showing that D was acting under a mistake of fact or that he had a claim of right to do as he did, where that is a defence; or, where the charge is one of negligence, it may show that he was acting reasonably.

I agree with Callaghan A.C.J.H.C. that s. 7(3.74) does not, by permitting the removal of this defence, result in a breach of fundamental justice. In *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914, Dickson C.J. stated that Parliament may re-define the meaning of "excuse", by expanding or narrowing it to include only certain excuses. In *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, Dickson C.J. explained the rationale for this at p. 70:

> The criminal law is a very special form of governmental regulation, for it seeks to express our society's collective disapprobation of certain acts and omissions. When a defence is provided, especially a specifically-tailored defence to a particular charge, it is because the legislator has determined that the disapprobation of society is not warranted when the conditions of the defence are met.

When the *Criminal Code* provides that a defence is to be expressly excluded it is because Parliament has determined that the criminal act is of such a nature that not only is the disapprobation of society warranted, but also the act cannot be justified by the excluded defence. Such a legislative provision will not generally violate s. 7 when a defence is inconsistent with the offence proscribed in that it would excuse the very evil which the offence seeks to prohibit or punish. For example it would be illogical and senseless to permit an

l'obéissance à des ordres militaires. La question a été traitée avec justesse par Smith et Hogan, *Criminal Law* (7e éd. 1992), aux pp. 261 et 262:

> [TRADUCTION] Bien qu'il existe peu de jurisprudence et de doctrine sur la question, on peut, sans crainte de se tromper, affirmer que D ne peut simplement établir qu'il a commis l'acte en exécution des ordres d'un supérieur, qu'il soit militaire ou civil. [...] Le fait que D ait agi conformément à des ordres peut néanmoins être très pertinent. On peut ainsi établir l'absence de *mens rea* en démontrant, par exemple, que D a agi en raison d'une erreur de fait, ou qu'il pouvait prétendre avoir le droit d'agir comme il l'a fait. Lorsqu'il s'agit là d'une défense, ou que l'accusé fait face à une accusation de négligence, son obéissance à des ordres peut démontrer qu'il agissait raisonnablement.

Je suis d'accord avec le juge en chef adjoint Callaghan pour dire qu'en permettant l'élimination de ce moyen de défense, le par. 7(3.74) ne porte pas atteinte à la justice fondamentale. Dans l'arrêt *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, le juge en chef Dickson a affirmé que le législateur pouvait redéfinir le sens d'«excuse» en l'élargissant ou en le limitant de façon à n'y inclure que certaines excuses. Dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, le juge en chef Dickson a expliqué le fondement de cette position à la p. 70:

> Le droit criminel constitue une forme très spéciale de réglementation gouvernementale, car il cherche à exprimer la désapprobation collective de notre société pour certains actes ou omissions. Lorsqu'un moyen de défense est prévu, surtout lorsqu'il s'agit d'un moyen de défense conçu spécifiquement pour une accusation particulière, c'est parce que le législateur a jugé que la désapprobation de la société n'est pas justifiée lorsque les conditions de ce moyen de défense sont remplies.

Lorsque le *Code criminel* prévoit l'exclusion expresse d'un moyen de défense c'est que le législateur a déterminé que l'acte criminel est d'une nature telle que, non seulement la désapprobation de la société est fondée, mais l'acte ne peut être justifié par le moyen de défense exclu. De façon générale, la disposition législative ayant cet effet ne viole pas l'art. 7 lorsque le moyen de défense entre en conflit avec l'infraction prévue en ce qu'il excuserait le mal même que l'infraction vise à interdire ou à punir. Par exemple, il serait illogique

accused to rely on the laws of a sovereign state which violate international law by legislating the commission of crimes against humanity on the grounds that the laws themselves justify criminal conduct. In this case the expert testified that the accused's awareness of his country's directed policy of persecution or discrimination constituted the "international element" of crimes against humanity. Similarly the accused's awareness of his state's conduct of war is the international element of war crimes. The trial judge identified these as essential elements of the offences in question. It follows that just as it is not a violation of s. 7 to prevent drunkenness' being used as a defence to a charge of impaired driving (*R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865) it is not a violation of s. 7 to limit the use that can be made of the defence of obedience to superior orders.

et insensé de permettre à un accusé d'invoquer les lois d'un État souverain qui violent le droit international en autorisant la perpétration de crimes contre l'humanité pour le motif que les lois elles-mêmes justifient un comportement criminel. En l'espèce, l'expert a déclaré que la connaissance qu'avait l'accusé de la politique de persécution et de discrimination adoptée par son pays constituait l'«aspect international» des crimes contre l'humanité. De même, sa connaissance de la guerre menée par son pays constituait l'aspect international des crimes de guerre. Le juge du procès a qualifié ces éléments d'essentiels pour les infractions en question. Il s'ensuit que, tout comme le fait d'empêcher un accusé de plaider l'état d'ébriété à une accusation de conduite avec facultés affaiblies (*R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865), le fait de restreindre l'utilisation possible du moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur ne viole pas l'art. 7.

(ii) Do the Impugned Sections of the *Code* Violate the *Charter* by Reason of Vagueness?

(ii) Les dispositions contestées du *Code* violent-elles la *Charte* pour des motifs d'imprécision?

The respondent argues that s. 7(3.71) and s. 7(3.76) of the *Criminal Code* violate the principle that there must be no crime or punishment except in accordance with fixed, predetermined law. That is to say the citizen must be able to ascertain beforehand how he or she stands with regard to the criminal law. If the citizen cannot determine the consequences of his or her actions due to the vagueness of the law then to punish the citizen for breach of that law would be purposeless cruelty. Specifically, the respondent argues that the state of international law prior to 1944 was such that it could not provide fair notice to the accused of the consequences of breaching the still evolving international law offences.

L'intimé soutient que les par. 7(3.71) et 7(3.76) du *Code criminel* violent le principe suivant lequel il n'y a ni crime ni peine, si ce n'est en conformité avec une loi établie et prédéterminée. Le citoyen doit donc être en mesure de connaître préalablement sa position en regard du droit criminel. S'il ne peut déterminer les conséquences de ses actes en raison de l'imprécision de la loi, il serait inutilement cruel de le punir pour avoir enfreint cette loi. L'intimé soutient plus précisément que l'état du droit international avant 1944 était tel qu'il ne pouvait donner un avertissement raisonnable à l'accusé des conséquences de la perpétration des infractions toujours en évolution en droit international.

Secondly, the respondent argues that the definitions of "war crime" and "crime against humanity" constitute a standardless sweep authorizing imprisonment. He submits that the definition of "crimes against humanity" which includes "murder, extermination, enslavement, deportation, persecution or any other inhumane act or omission that . . . constitutes a contravention of customary international

En outre, l'intimé soutient que les définitions de «crime de guerre» et de «crime contre l'humanité» laissent une large place à l'arbitraire, permettant l'incarcération. Il est d'avis que la définition de «crime contre l'humanité», qui inclut «[a]ssassinat, extermination, réduction en esclavage, déportation, persécution ou autre fait — acte ou omission — inhumain d'une part . . . et d'autre part,

law or conventional international law or is criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations" permits the inclusion of any act so long as it is seen by the jury to be "persecution" etc. An accused would have no notice that his or her acts were contrary to international law since the proscribed acts are not adequately defined.

At the outset it may be helpful to reiterate some of the major points which this Court has established with respect to the issue of vagueness. In the *Reference re ss. 193 and 195.1 (1)(c) of the Criminal Code (Man.) (Prostitution Reference)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, it was held that it is not fatal that a particular legislative term is open to varying interpretations by courts. In *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, it was stated that the threshold for finding a law vague is relatively high. There Gonthier J. provided guidance for determining whether a provision is so vague that it violates the principle of legality in these words at p. 639:

> A vague provision does not provide an adequate basis for legal debate, that is for reaching a conclusion as to its meaning by reasoned analysis applying legal criteria. It does not sufficiently delineate any area of risk, and thus can provide neither fair notice to the citizen nor a limitation of enforcement discretion.

And later, at p. 643 he stated:

> The doctrine of vagueness can therefore be summed up in this proposition: a law will be found unconstitutionally vague [only] if it so lacks in precision as not to give sufficient guidance for legal debate.

In my view, the fact that the entire body of international law is not codified and that reference must be made to opinions of experts and legal writing in interpreting it does not in itself make the legislation vague or uncertain. This material is often helpful in determining the proper interpretations to be given to a statute. Further, the fact that there

soit constituant [. . .] une transgression du droit international coutumier ou conventionnel, soit ayant un caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations», permet d'inclure tout acte, pourvu que le jury y voit une «persécution», etc. Un accusé n'aurait aucun avertissement que ses actes sont contraires au droit international puisque les actes interdits ne sont pas clairement définis.

Il peut être utile de réitérer immédiatement certains points importants établis par notre Cour à l'égard de la question de l'imprécision. Dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code Criminel (Man.) (Renvoi sur la prostitution)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, la Cour a jugé que le fait qu'un terme législatif particulier soit susceptible de diverses interprétations par les tribunaux n'est pas fatal. Dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, on a déclaré que le seuil au-delà duquel une loi est qualifiée d'imprécise est relativement élevé. Dans cet arrêt, le juge Gonthier a donné dans les termes suivants certaines indications sur la façon de déterminer si une disposition législative est imprécise au point qu'elle viole le principe de la légalité, à la p. 639:

> Une disposition imprécise ne constitue pas un fondement adéquat pour un débat judiciaire, c'est-à-dire pour trancher quant à sa signification à la suite d'une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques. Elle ne délimite pas suffisamment une sphère de risque et ne peut donc fournir ni d'avertissement raisonnable aux citoyens ni de limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi.

Et il ajoute, à la p. 643:

> La théorie de l'imprécision peut donc se résumer par la proposition suivante: une loi sera jugée d'une imprécision inconstitutionnelle [seulement] si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire.

À mon avis, le fait que l'ensemble du droit international ne soit pas codifié et qu'il faille recourir aux opinions des experts et à la doctrine pour l'interpréter ne rend pas en soi la disposition législative imprécise ou incertaine. Ces outils sont souvent utiles pour interpréter correctement une loi. En outre, le fait qu'il puisse y avoir des diver-

may be differences of opinion among international law experts does not necessarily make the legislation vague. It is ultimately for the court to determine the interpretation that is to be given to a statute. That questions of law and of fact arise in the interpretation of these provisions and their application in specific circumstances does not render them vague or uncertain. In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, it was recognized at p. 983 that:

> Absolute precision in the law exists rarely, if at all. The question is whether the legislature has provided an intelligible standard according to which the judiciary must do its work. The task of interpreting how that standard applies in particular instances might always be characterized as having a discretionary element, because the standard can never specify all the instances in which it applies.

Thus I agree with the following statement made by Tarnopolsky J.A. in this context, at pp. 64-65:

> The fact . . . that reference may have had to be made to legal texts and even to the opinions of experts to determine, for purposes of jurisdiction, what constitutes a war crime or a crime against humanity, is not an issue concerning vagueness of a charge, any more than any other piece of new legislation may require legal research and analysis beyond the competence of some accused but not, presumably, that of a lawyer.

In *Nova Scotia Pharmaceutical, supra*, Gonthier J. distinguished between formal and substantive notice. Formal notice involved an acquaintance with the actual text of a statute. The substantive aspect of notice is described as an understanding that some conduct comes under the law. This is considered to be the "core concept of notice".

Gonthier J., at p. 634, set out an analysis of the concept of notice using the crime of homicide as an example which I think is apposite in this context:

> Let me take homicide as an example. The actual provisions of the *Criminal Code* dealing with homicide are numerous (comprising the core of ss. 222-240 and other

gences d'opinion entre les experts en droit international ne rend pas nécessairement la disposition imprécise. Il appartient en dernier lieu au tribunal d'interpréter la loi. Les questions de droit et de fait qui se posent dans l'interprétation de ces dispositions et dans leur application dans des circonstances précises ne les rend ni imprécises ni incertaines. Dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, on a reconnu, à la p. 983:

> En droit, la précision absolue est rare, voire inexistante. La question est de savoir si le législateur a formulé une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions. L'interprétation de la manière d'appliquer une norme dans des cas particuliers comporte toujours un élément discrétionnaire parce que la norme ne peut jamais préciser tous les cas d'application.

Par conséquent, je suis d'accord avec la déclaration suivante du juge Tarnopolsky de la Cour d'appel dans le présent contexte, aux pp. 64 et 65:

> [TRADUCTION] Le fait [. . .] qu'il ait pu être nécessaire de recourir aux ouvrages juridiques et même à l'opinion d'experts pour déterminer, aux fins de la compétence, ce qui constitue un crime de guerre ou un crime contre l'humanité n'a rien à voir avec l'imprécision d'une accusation, au même titre qu'une autre disposition d'une nouvelle loi qui peut nécessiter une recherche et une analyse juridiques excédant la compétence de certains accusés mais non, on le présume, celle d'un avocat.

Dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical*, précité, le juge Gonthier a établi une distinction entre l'avertissement formel et l'avertissement quand au fond. L'avertissement formel implique une connaissance du texte de loi lui-même, alors que l'aspect de l'avertissement qui porte sur le fond est décrit comme la conscience qu'une conduite est visée par la loi. On l'appelle le «concept central de l'avertissement».

Le juge Gonthier a analysé, à la p. 634, le concept de l'avertissement en utilisant le crime d'homicide à titre d'exemple, lequel je pense est pertinent dans le présente contexte:

> Prenons l'exemple de l'homicide. Les dispositions du *Code criminel* relatives à l'homicide sont nombreuses (elles sont concentrées dans les art. 222 à 240 mais se

related sections). When one completes the picture of the *Code* with case law, both substantive and constitutional, the result is a fairly intricate body of rules. Notwithstanding formal notice, it can hardly be expected of the average citizen that he know the law of homicide in detail. Yet no one would seriously argue that there is no substantive fair notice here, or that the law of homicide is vague. It can readily be seen why this is so. First of all, everyone (or sadly, should I say, almost everyone) has an inherent knowledge that taking the life of another human being is wrong. There is a deeply-rooted perception that homicide cannot be tolerated, whether one comes to this perception from a moral, religious or sociological stance. Therefore, it is expected that homicide will be punished by the State. Secondly, homicide is indeed punished by the State, and homicide trials and sentences receive a great deal of publicity.

trouvent aussi dans d'autres articles connexes). Quand on ajoute aux textes du *Code* la jurisprudence, tant sur les règles de fond que sur la constitutionnalité, on se retrouve avec un ensemble de règles assez complexe. En dépit de l'avis formel, on peut difficilement s'attendre à ce que le citoyen moyen connaisse en détail le droit régissant l'homicide. Et pourtant, personne ne saurait affirmer sérieusement qu'aucun avertissement raisonnable quant au fond n'a été donné ou que le droit en matière d'homicide est imprécis. On peut facilement en comprendre les raisons. Premièrement, chacun (ou malheureusement, dirais-je, presque tout le monde) a une connaissance innée que de tuer un être humain est blâmable. L'homicide est fermement perçu comme intolérable, que ce soit du point de vue moral, religieux ou sociologique. Par conséquent, on s'attend à ce que l'homicide soit puni par l'État. Deuxièmement, l'homicide est en effet puni par l'État et les médias se font abondamment l'écho des procès pour homicide ainsi que des peines infligées.

The same principles must apply with respect to a war crime and a crime against humanity. The definitions of crimes against humanity and war crimes include the gravest, cruellest, most serious and heinous acts that can be perpetrated upon human beings. These crimes, which violate fundamental human values, are vehemently condemned by the citizens of all civilized nations. War crimes or crimes against humanity are so repulsive, so reprehensible, and so well understood that it simply cannot be argued that the definition of crimes against humanity and war crimes are vague or uncertain.

Les mêmes principes doivent s'appliquer à l'égard du crime de guerre et du crime contre l'humanité. Par leurs définitions, ces crimes incluent les actes les plus graves, cruels, sérieux et haineux qui puissent être infligés à des êtres humains. Ces crimes, qui violent les valeurs humaines fondamentales, sont condamnés de façon véhémente par les citoyens de toutes les nations civilisées. Les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité sont répugnants, répréhensibles et connus au point qu'on ne peut tout simplement pas soutenir que leur définition est imprécise et incertaine.

The same considerations apply with respect to the respondent's second argument. So long as the crimes are ones which any reasonable person in the position of the accused would know that they constituted a violation of basic human values or the laws of war, it cannot be said that the crimes constitute a "standardless sweep authorizing imprisonment". The standards which guide the determination and definition of crimes against humanity are the values that are known to all people and shared by all.

Les mêmes considérations s'appliquent au deuxième moyen de l'intimé. On ne saurait soutenir que les «crimes laissent une large place à l'arbitraire, permettant l'incarcération» si une personne raisonnable dans la situation de l'accusé saurait qu'ils constituaient une violation des valeurs humaines fondamentales ou des lois de la guerre. Les normes qui guident la détermination et la définition des crimes contre l'humanité sont des valeurs connues de tous et partagées par tous.

I am in agreement with the decision of the Court of Appeal, unanimous on this issue, that the law is not vague.

Je souscris à la décision de la Cour d'appel, unanime sur cette question, que la loi n'est pas imprécise.

(iii) Do the Impugned Sections of the *Code* Violate Section 7 and Section 11(*g*) of the *Charter*?

The respondent's arguments with respect to ss. 7 and 11(*g*) relate to the allegedly retrospective character of the impugned provisions. Most nations recognize that a statute can neither retroactively make criminal an act which was lawful at the time it was done, nor impose a penalty for past acts which were not criminal when they were committed.

In an effort to avoid violating the principle against retroactivity, the provisions of the *Criminal Code* concerning a war crime and a crime against humanity were drafted in such a way that the accused is deemed to have committed Canadian *Criminal Code* offences which were in existence at the time the actions were alleged to have occurred. Perhaps the drafters hoped that by not creating new offences they could avoid violating the principle against retroactivity.

However, as I have indicated earlier the only constitutionally permissible way to interpret the provisions in question is to conclude that two new offences have been created, namely, crimes against humanity and war crimes. This however, does not result in a violation of the principle that actions cannot be retroactively made criminal.

There are two approaches which have generally been advanced in this debate. There are those who, like Robert H. Jackson J., Chief Counsel for the United States in the Nuremberg prosecution, believe that the humanitarian principles which form the basis of crimes against humanity evolved from the law of war which is itself over 7,000 years old. See Bassiouni, *supra*, at p. 150. Jackson J., in his report to the President of the United States on June 6, 1945 stated: "These principles (crimes against humanity) have been assimilated as part of International Law at least since 1907" (quoted in Bassiouni at p. 168). Jackson J. thought that the recognition of "crimes against humanity" as constituting violations of the already existing conventional and customary international law was

(iii) Les dispositions contestées du *Code* violent-elles l'art. 7 et l'al. 11*g*) de la *Charte*?

Les arguments de l'intimé fondés sur l'art. 7 et l'al. 11*g*) se rapportent à la nature supposément rétrospective des dispositions contestées. La plupart des nations reconnaissent qu'une loi ne peut criminaliser rétroactivement un acte qui, au moment où il a été commis, était légal, ni infliger une peine pour des actes antérieurs qui, au moment où ils ont été commis, n'étaient pas criminels.

Dans un effort visant à éviter que le principe de la non-rétroactivité soit violé, on a rédigé les dispositions du *Code criminel* concernant le crime de guerre et le crime contre l'humanité de manière que l'accusé soit réputé avoir commis des infractions au *Code criminel* canadien en vigueur à l'époque où les actes auraient été commis. Peut-être les rédacteurs espéraient-ils qu'en ne créant pas de nouvelles infractions, ils pourraient ainsi éviter de violer le principe de la non-rétroactivité.

Toutefois, comme je l'ai indiqué précédemment, la seule façon acceptable sur le plan constitutionnel d'interpréter les dispositions en question est de conclure que deux nouvelles infractions ont été créées, soit le crime contre l'humanité et le crime de guerre. Il n'en résulte toutefois pas une violation au principe suivant lequel les actes ne peuvent pas être rétroactivement criminalisés.

Le débat sur cette question oppose généralement deux positions. Il y a ceux, comme le juge Robert H. Jackson, avocat principal des États-Unis pour les poursuites engagées dans le cadre des procès de Nuremberg, qui croient que les principes humanitaires sur lesquels reposent les crimes contre l'humanité découlent du droit de la guerre, qui remonte lui-même à plus de 7 000 ans. Voir Bassiouni, *op. cit.*, à la p. 150. Dans un rapport présenté au président des États-Unis le 6 juin 1945, le juge Jackson a écrit: [TRADUCTION] «Ces principes (sur les crimes contre l'humanité) sont intégrés au droit international depuis au moins 1907» (cité dans Bassiouni, à la p. 168). Le juge Jackson estimait que, par ses efforts antérieurs visant à interdire le genre de comportement visé à l'al. 6*c*) du *Statut du*

clearly demonstrated by the previous efforts of the international community to prohibit the same kind of conduct which was the subject of Article 6(*c*) of the *Charter of the International Military Tribunal.* (See also: Egon Schwelb, "Crimes Against Humanity" (1946), 23 *Brit. Y.B. Int'l L.* 178.)

The primary evidence of the prohibition of violations of the laws of humanity (or crimes against humanity) is found in the Preamble of the two Hague Conventions. The preamble to the *Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land* (Hague Convention IV, 1907) contains a clause known as the Martens clause which states:

> Until a more complete code of the laws of war has been issued, the High Contracting Parties deem it expedient to declare that, in cases not included in the Regulations adopted by them, the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilised peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience.

With regard to Hague Convention IV, the International Military Tribunal (IMT) at Nuremberg, *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, supra,* held at p. 497:

> The rules of land warfare expressed in the convention undoubtedly represented an advance over existing international law at the time of their adoption. But the convention expressly stated that it was an attempt "to revise the general laws and customs of war", which it thus recognized to be then existing, but by 1939 these rules laid down in the convention were recognized by all civilized nations, and were regarded as being declaratory of the laws and customs of war ....

In his article entitled "The Prosecution of War Criminals in Canada" (1989), 12 *Dalhousie L.J.* 256, W. J. Fenrick notes at p. 261 that "[a]lthough this statement is unsubstantiated in the judgment, it has been unchallenged since it was first uttered". In the German High Command Trial, a U.S. Military Tribunal sitting at Nuremberg in 1947-48 adopted at vol. 22, p. 497, the IMT position that

Tribunal militaire international, la communauté internationale démontrait clairement qu'elle reconnaissait que les «crimes contre l'humanité» constituent des violations du droit international conventionnel et coutumier déjà existant. (Voir également: Egon Schwelb, «Crimes Against Humanity» (1946), 23 *Brit. Y.B. Int'l L.* 178.)

La principale preuve de l'interdiction de violer des lois humanitaires (ou de commettre des crimes contre l'humanité) se trouve dans le préambule des deux Conventions de La Haye. Celui de la *Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre* (Convention IV de La Haye de 1907) contient une disposition connue sous le nom de clause Martens, laquelle édicte:

> En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties Contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par Elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité, et des exigences de la conscience publique ...

En ce qui concerne la Convention IV de La Haye, le Tribunal militaire international (TMI) de Nuremberg, *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international,* précité, a conclu, à la p. 528:

> Les règles de la guerre terrestre contenues dans la Convention réalisaient certes un progrès du Droit international. Mais il résulte de ses termes mêmes, que ce fut une tentative «pour réviser les lois générales et les coutumes de la guerre», dont l'existence était ainsi reconnue. En 1939, ces règles, contenues dans la Convention, étaient admises par tous les États civilisés et regardées par eux comme l'expression, codifiée, des lois et coutumes de la guerre ...

Dans son article intitulé «The Prosecution of War Criminals in Canada» (1989), 12 *Dalhousie L.J.* 256, W. J. Fenrick remarque, à la p. 261, que, [TRADUCTION] «[b]ien que cette déclaration ne soit pas corroborée dans le jugement, elle est demeurée incontestée depuis qu'elle a été formulée pour la première fois». Au cours du procès du haut commandement allemand, le tribunal militaire améri-

Hague Convention IV of 1907 was binding as declaratory of international law and went on to outline how specific provisions of Hague Convention IV and of the 1929 Geneva Prisoners of War Convention (*Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field*, 27 July 1929, 118 L.N.T.S. 303) were incorporated into customary law.

In 1946, the United Nations General Assembly passed, without dissent or abstention, a resolution reaffirming the principles of international law recognized by the *Charter of the International Military Tribunal* and the judgment of the Nuremberg Tribunal. David Matas in his book *Justice Delayed* (1987) expressed the view that this universal acceptance gave the Nuremberg trials an authoritative position in international law. Mr. Matas at p. 90 writes:

> Its pronouncements on the international law of war crimes and crimes against humanity must be regarded as authoritative. Any statement by a Tribunal whose judgment has been accepted by all nations of the world must carry more weight than any declaration on international law made by the courts of a single state.

The second approach to the problem of retrospectivity is that put forward by people such as Professors Kelsen and Schwarzenberger. Schwarzenberger rejected the argument that the International Military Tribunal's jurisdiction regarding "crimes against humanity" extended to crimes committed against German nationals, other nationals and stateless persons under German control, irrespective of whether such acts were lawful under any particular local law, so long as the war connection existed. He thought that the Nuremberg and Tokyo Charters were not declarative of already existing international law but were merely meant to punish the atrocious behaviour of the Nazi and Japanese regimes because their deeds could not go unpunished. Thus, he stated:

cain siégeant à Nuremberg en 1947 et 1948 a adopté à la t. 22, p. 497, la position du TMI, selon laquelle la Convention IV de La Haye de 1907 était obligatoire du fait qu'elle était déclaratoire du droit international, et a souligné la façon dont des dispositions particulières de la Convention IV de La Haye et des conventions de Genève de 1929 sur les prisonniers de guerre (*Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne*, le 27 juillet 1929, 118 R.T.S.N. 303) étaient intégrées dans le droit coutumier.

En 1946, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté sans dissidence ni abstention, une résolution réaffirmant les principes du droit international reconnus par le *Statut du Tribunal militaire international* et le jugement du tribunal de Nuremberg. Dans son ouvrage intitulé *Justice Delayed* (1987), David Matas exprime l'opinion que cette acceptation universelle a donné aux procès de Nuremberg une position d'autorité en droit international. À la p. 90, M. Matas écrit:

> [TRADUCTION] Ses décisions sur le droit international des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité doivent être considérées comme faisant autorité. La déclaration d'un tribunal dont le jugement a été accepté par toutes les nations du monde doit peser plus lourd que celle faite par les tribunaux d'un seul État concernant le droit international.

La seconde position à l'égard de la question de la rétroactivité est celle avancée notamment par les professeurs Kelsen et Schwarzenberger. Ce dernier a rejeté l'argument suivant lequel la compétence du Tribunal militaire international en matière de «crimes contre l'humanité» s'étendait aux crimes commis contre les ressortissants allemands et les autres ressortissants et apatrides sous l'autorité de l'Allemagne, peu importe que de tels actes aient été légaux sous le régime d'une loi locale particulière, pourvu qu'il ait existé un lien avec la guerre. Il estimait que les statuts de Nuremberg et de Tokyo n'étaient pas déclaratoires du droit international préexistant, et qu'ils étaient simplement destinés à punir le comportement horrible des régimes nazis et japonais, leurs actes ne pouvant rester impunis. Il a donc écrit:

... the limited and qualified character of the rule on crimes against humanity as formulated in the Charters of the Nuremberg and Tokyo Tribunals militates against the rule being accepted as one declaratory of international customary law. This rudimentary legal system [of international law] does not know of distinctions as subtle as those between crimes against humanity which are connected with other types of war crime and, therefore, are to be treated as analogous to war crimes in the strict sense and other types of inhumane acts which are not so linked and, therefore, are beyond the pale of international law. The Four-Power Protocol of October 6, 1945, offers even more decisive evidence of the anxiety of the Contracting Parties to avoid any misinterpretation of their intentions as having codified a generally applicable rule of international customary law.

[Schwartzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals, supra,* at p. 498.]

Similarly, Professor Kelsen is of the view that the rules created by the *Charter of the International Military Tribunal* and applied by the Nuremberg Trial represented "a new law" (Hans Kelsen, "Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?" (1947), 1 *Int'l L.Q.* 153; see also: Hans Kelsen, "The Rule Against *Ex Post Facto* Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals" (1945), 2:3 *Judge Advocate J.* 8). However, he proposed the following solution to the problem of retrospectivity in his article "Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?", at p. 165:

A retroactive law providing individual punishment for acts which were illegal though not criminal at the time they were committed, seems also to be an exception to the rule against ex post facto laws. The London Agreement is such a law. It is retroactive only in so far as it established individual criminal responsibility for acts which at the time they were committed constituted violations of existing international law, but for which this law has provided only collective responsibility. The rule against retroactive legislation is a principle of justice. Individual criminal responsibility represents certainly a higher degree of justice than collective responsi-

[TRADUCTION] ... la nature limitée et restreinte de la règle formulée dans les statuts des tribunaux de Nuremberg et de Tokyo en matière de crimes contre l'humanité milite contre la possibilité qu'elle soit reconnue comme étant déclaratoire du droit international coutumier. Ce régime juridique rudimentaire [de droit international] n'établit pas de distinctions aussi subtiles que celles qui existent entre les crimes contre l'humanité qui sont reliés à d'autres formes de crimes de guerre et qui, par conséquent, doivent être considérés comme semblables aux crimes de guerre dans le sens strict du terme, et d'autres formes d'actes inhumains qui ne sont pas ainsi reliés et qui, par conséquent, excèdent la portée du droit international. Le Protocole signé le 6 octobre 1945 par les quatre puissances démontre de façon encore plus convaincante le désir des parties contractantes d'éviter qu'on leur prête faussement l'intention d'avoir codifié une règle de droit international coutumier applicable généralement.

(Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals, op. cit.*, à la p. 498.)

De même, le professeur Kelsen est d'avis que les règles créées par le Statut du Tribunal militaire international et appliquées dans le cadre des procès de Nuremberg constituaient [TRADUCTION] «de nouvelles règles de droit» (Hans Kelsen, «Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?» (1947), 1 *Int'l L.Q.* 153; voir également: Hans Kelsen, «The Rule Against *Ex Post Facto* Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals» (1945), 2:3 *Judge Advocate J.* 8). Toutefois, il a proposé la solution suivante à la question de la rétroactivité dans son article intitulé «Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?», à la p. 165:

[TRADUCTION] La loi qui prévoit rétroactivement une peine individuelle pour des actes qui, à l'époque où ils ont été commis, étaient illégaux sans être criminels, semble également être une exception à la règle contre les lois adoptées après le fait. L'entente de Londres en est une. Elle n'est rétroactive que dans la mesure où elle a établi la responsabilité criminelle individuelle à l'égard d'actes qui, à l'époque où ils ont été commis, enfreignaient le droit international en vigueur, mais pour lesquels ce droit prévoyait une responsabilité collective seulement. La règle de la non-rétroactivité des lois est un principe de justice. La responsabilité criminelle indi-

bility, the typical technique of primitive law. Since the internationally illegal acts for which the London Agreement established individual criminal responsibility were certainly also morally most objectionable, and the persons who committed these acts were certainly aware of their immoral character, the retroactivity of the law applied to them can hardly be considered as absolutely incompatible with justice. Justice required the punishment of these men, in spite of the fact that under positive law they were not punishable at the time they performed the acts made punishable with retroactive force. In case two postulates of justice are in conflict with each other, the higher one prevails; and to punish those who were morally responsible for the international crime of the second World War may certainly be considered as more important than to comply with the rather relative rule against ex post facto laws, open to so many exceptions.

See also: Professor Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict* (1974), at p. 359.

The approach of Professor Kelsen seems eminently sound and reasonable to me. I would adopt it as correct and apply it in reaching the conclusion that the provisions in question do not violate the principles of fundamental justice.

(iv) Did the Pre- and Post-Charge Delay Violate Sections 7, 11(*b*) and 11(*d*) of the *Charter*?

The respondent argues that this Court should extend the principles set out in *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, to the situation of pre-charge delay. He argues that since 45 years have elapsed between the date of the actions giving rise to the charges and the date of the trial, there is bound to be prejudice. However, in my view Callaghan A.C.J.H.C. was correct in deciding that the trial judge, after hearing all the evidence, would be in the best position to decide whether or not a s. 24(1) *Charter* remedy is available (*Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863) and therefore that the legislation itself should not be struck down.

viduelle offre certainement une plus grande justice que la responsabilité collective, la technique usuelle du droit primitif. Puisque les actes illégaux en droit international, à l'égard desquels l'entente de Londres a établi une responsabilité criminelle individuelle, étaient également des plus blâmables du point de vue moral, et que les auteurs de ces actes étaient certainement conscients de leur nature immorale, on peut difficilement considérer que la rétroactivité de la loi appliquée à leur égard est tout à fait contraire à la justice, qui exigeait la punition de ces hommes, en dépit du fait que, dans le cadre du droit positif, ils ne pouvaient être punis à l'époque où ils ont commis les actes rendus punissables rétroactivement. Si deux postulats de la justice sont en conflit, le plus important doit prévaloir. Punir ceux qui étaient moralement responsables du crime international de la Seconde Guerre mondiale peut certainement être considéré comme plus important que de respecter la règle plutôt relative contre les lois adoptées après le fait, susceptible de tant d'exceptions.

Voir également: Professeur Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict* (1974), à la p. 359.

La position du professeur Kelsen me semble éminemment sage, raisonnable et juste. Je l'appliquerais pour conclure que les dispositions en question ne violent pas les principes de justice fondamentale.

(iv) Les délais antérieur et postérieur à l'accusation violent-ils l'art. 7 et les al. 11*b*) et 11*d*) de la *Charte*?

L'intimé soutient que notre Cour devrait étendre les principes établis dans l'arrêt *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, au délai antérieur à l'accusation. Il soutient que, puisque 45 ans se sont écoulés entre le moment où les actes donnant naissance aux accusations ont été commis et la date du procès, il ne peut que subir un préjudice. À mon avis toutefois, le juge en chef adjoint Callaghan a à juste titre décidé qu'après avoir entendu l'ensemble de la preuve, le juge du procès serait le mieux placé pour décider si une réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte* était possible (*Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863) et que, par conséquent, la loi elle-même ne devrait pas être annulée.

In the present case, I am unable to see any merit in the respondent's arguments that he suffered prejudice as a result of the pre-charge delay. Indeed, it is far more likely that the delay was more prejudicial to the Crown's case than it was that of the defence. Defence counsel was entitled to argue that the witnesses' memories had become blurred with the passage of 45 years. Further, the documentary and physical evidence that the respondent now complains is not available was probably destroyed during World War II. Thus it is difficult to accept the respondent's assertion that any documentary or physical evidence that would have been available within a few years after the war has since been lost. Additionally, any prejudice occasioned by the death of witnesses that could have helped the defence was substantially reduced by the admission of the Dallos statements.

With regard to the post-charge delay, less than a year passed from the time when the legislation was proclaimed in force to when the indictment was preferred. In light of the amount of investigatory work that had to be done before any charges could be laid, this seems to be a minimal and very reasonable period of delay.

(v) Do the Impugned Sections of the *Code* Violate Sections 7 and 15 of the *Charter*?

The respondent argues that the legislation contravenes s. 15 of the *Charter* because it relates only to acts or omissions performed by individuals outside Canada. Thus, a Canadian who committed a crime against humanity in Canada, arising for example, from the internment of Japanese Canadians, could not be charged under the impugned provisions, whereas someone in the position of Finta who committed the offence outside of Canada could be charged.

In my view, the apparent difference in treatment is not based on a personal characteristic but on the location of the crime. In *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, it was held that the determination of whether a group falls into an analogous category to those specifically enumerated in s. 15 is not to be

En l'espèce, je n'arrive pas à voir le bien-fondé des arguments de l'intimé suivant lesquels il a subi un préjudice en raison du délai antérieur à l'accusation. En fait, il est beaucoup plus probable que le délai ait été plus préjudiciable à la preuve du ministère public qu'à celle de la défense. L'avocat de la défense avait le droit de soutenir que la mémoire des témoins s'était effacée après 45 ans. En outre, la preuve documentaire et matérielle qui, se plaint maintenant l'intimé, n'existe plus, a probablement été détruite au cours de la Seconde Guerre mondiale. Il est donc difficile de retenir la prétention de l'intimé voulant que toute preuve documentaire ou matérielle qui aurait existé quelques années après la guerre ait depuis été perdue. De plus, le préjudice causé par le décès de témoins qui auraient pu aider la défense a été grandement diminué par l'utilisation des déclarations de Dallos.

En ce qui concerne le délai postérieur à l'accusation, moins d'un an s'est écoulé entre le moment où la disposition législative est entrée en vigueur et celui où l'acte d'accusation a été présenté. Compte tenu de l'ampleur du travail d'enquête qui devait être abattu avant que des accusations soient portées, le délai en cause me semble minime et très raisonnable.

(v) Les dispositions contestées du *Code* violent-elles les art. 7 et 15 de la *Charte*?

L'intimé soutient que la loi contrevient à l'art. 15 de la *Charte* parce qu'elle ne porte que sur des faits — actes ou omissions — commis par des individus à l'étranger. Par conséquent, le Canadien qui a commis au Canada un crime contre l'humanité, du fait par exemple de l'internement de Canadiens japonais, ne pourrait être accusé en vertu des dispositions contestées, alors qu'un individu dans la situation de Finta, qui a commis l'infraction à l'étranger, pourrait l'être.

À mon avis, la différence apparente de traitement ne repose pas sur une caractéristique personnelle mais sur le lieu du crime. Dans l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, notre Cour a conclu que la question de savoir si un groupe relève d'une catégorie analogue à celles qui sont expressément

made only in the context of the law which is subject to challenge but rather in the context of the place of the group in the entire social, political and legal fabric of our society. The question to be resolved is whether the group represents a discrete and insular minority which has suffered stereotyping, historical disadvantage or vulnerability to political and social prejudice. It was decided that in some circumstances the person's province of residence could be a personal characteristic. However, in this case I do not think that the group of persons who commit a war crime or a crime against humanity outside of Canada could be considered to be a discrete and insular minority.

The respondent's submission that it is contrary to the principles of fundamental justice to subject an individual to prosecution based on an extension of jurisdiction founded on alleged crimes for which Parliament does not make its own government members and its own people in Canada criminally liable cannot be accepted for the same reasons.

(vi) Do the Impugned Provisions violate Section 12 of the *Charter*?

No argument was made by the parties with respect to s. 12.

(9) *Section 1 of the Charter*

As I have concluded that ss. 7(3.74) and (3.76) of the *Criminal Code* do not violate ss. 7, 11(*a*), (*b*), (*d*) and (*g*), or 15 of the *Charter*, it is not necessary to consider the application of s. 1 of the *Charter*.

Conclusion on the Cross-Appeal

For the reasons set out above, I am of the view that Callaghan A.C.J.H.C. and the Court of Appeal, unanimous on this issue, were correct in their conclusion that the challenged provisions of the *Criminal Code* do not violate the *Charter*.

Appeal dismissed, LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ *and* MCLACHLIN JJ. *dissenting.*

énumérées à l'art. 15 ne peut être résolue seulement dans le contexte de la loi qui est contestée, mais plutôt en fonction de la place qu'occupe le groupe dans les contextes social, politique et juridique de notre société. Il s'agit de déterminer si le groupe représente une minorité discrète et isolée, ayant souffert de stéréotypes, de désavantages historiques ou de vulnérabilité à des préjugés politiques et sociaux. On a décidé que, dans certains cas, la province de résidence d'une personne pourrait être une caractéristique personnelle. Toutefois, en l'espèce, je ne crois pas que le groupe des personnes qui commettent un crime de guerre ou un crime contre l'humanité à l'étranger puisse être qualifié de minorité discrète et isolée.

Pour les mêmes raisons, je ne peux retenir la prétention de l'intimé, suivant laquelle il est contraire aux principes de justice fondamentale d'engager des poursuites contre un individu en se fondant sur une extension de la compétence née des crimes reprochés pour lesquels le législateur ne rend pas ses propres députés et ses propres citoyens du Canada criminellement responsables.

(vi) Les dispositions contestées violent-elles l'art. 12 de la *Charte*?

Les parties n'ont soumis aucun argument concernant l'art. 12.

(9) *L'article premier de la Charte*

Puisque j'ai conclu que les par. 7(3.74) et (3.76) du *Code criminel* ne violent pas l'art. 7, les al. 11*a*), *b*), *d*) ou *g*) ou l'art. 15 de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de considérer l'application de l'article premier de la *Charte*.

Conclusion quant au pourvoi incident

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que le juge en chef adjoint Callaghan et la Cour d'appel, unanimes sur cette question, ont à juste titre conclu que les dispositions contestées du *Code criminel* ne violent pas la *Charte*.

Pourvoi rejeté, les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ et MCLACHLIN sont dissidents.

Cross-appeal dismissed. Sections 7(3.74) and 7(3.76) of the Criminal Code do not violate ss. 7, 11(a), (b), (d), (g), 12 or 15 of the Charter.

Pourvoi incident rejeté. Les paragraphes 7(3.74) et 7(3.76) du Code criminel ne violent pas l'art. 7, les al. 11a), b), d), g), ni les art. 12 ou 15 de la Charte.

Solicitor for the appellant: John C. Tait, Ottawa.

Procureur de l'appelante: John C. Tait, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Douglas H. Christie, Victoria.

Procureur de l'intimé: Douglas H. Christie, Victoria.

Solicitors for the intervener Canadian Holocaust Remembrance Association: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Canadian Holocaust Remembrance Association: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Solicitors for the intervener League for Human Rights of B'Nai Brith Canada: David Matas, Winnipeg and Dale, Streiman and Kurz, Brampton.

Procureurs de l'intervenante la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada: David Matas, Winnipeg et Dale, Streiman and Kurz, Brampton.

Solicitors for the intervener Canadian Jewish Congress: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Congrès juif canadien: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Solicitors for the intervener InterAmicus: Ahern, Lalonde, Nuss, Drymer, Montreal.

Procureurs de l'intervenant InterAmicus: Ahern, Lalonde, Nuss, Drymer, Montréal.

The Attorney General of Quebec *Appellant*

and

Régie des télécommunications du Québec and André Dufour and Jean-Marc Demers *Appellants*

v.

Téléphone Guèvremont Inc. *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Saskatchewan, Edmonton Telephones Corporation, the Public Utilities Commission of Cochrane, the Corporation of the Town of Dryden, the Corporation of the Town of Keewatin and the Corporation of the Town of Kenora *Interveners*

INDEXED AS: TÉLÉPHONE GUÈVREMONT INC. *v.* QUEBEC (RÉGIE DES TÉLÉCOMMUNICATIONS)

File No.: 23345.

1994: April 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Division of powers — Interprovincial work and undertaking — Telephones — Undertaking's physical equipment and subscribers located within province — Undertaking providing telecommunication services whereby subscribers send and receive interprovincial and international communications — Whether undertaking within federal jurisdiction — Constitution Act, 1867, ss. 91(29), 92(10)(a).

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, ss. 91(29), 92(10)(*a*).

Le procureur général du Québec *Appelant*

et

Régie des télécommunications du Québec et André Dufour et Jean-Marc Demers *Appelants*

c.

Téléphone Guèvremont Inc. *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de la Saskatchewan, Edmonton Telephones Corporation, la Commission des services publics de Cochrane, la Corporation municipale de Dryden, la Corporation municipale de Keewatin et la Corporation municipale de Kenora *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: TÉLÉPHONE GUÈVREMONT INC. *c.* QUÉBEC (RÉGIE DES TÉLÉCOMMUNICATIONS)

N° du greffe: 23345.

1994: 26 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Ouvrage et entreprise de nature interprovinciale — Téléphone — Installations et abonnés de l'entreprise situés à l'intérieur de la province — Entreprise offrant des services de télécommunications par lequel ses abonnés envoient et reçoivent des communications interprovinciales et internationales — S'agit-il d'une entreprise qui relève de la compétence fédérale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10)a).

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10)*a*).

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1993] R.J.Q. 77, affirming a decision of the Superior Court, [1991] R.J.Q. 2934. Appeal and cross-appeal dismissed.

Jean-François Jobin, *Louis Rochette*, *Luc Chamberland* and *Alain Gingras*, for the appellants.

André Joli-Cœur, *Louis Masson* and *Lucie Rodrigue*, for the respondent.

Jean-Marc Aubry, *Q.C.*, and *Jeff Richstone*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Thomson Irvine, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Peter T. Costigan, *Q.C.*, and *Leo B. Chrzanowski*, for the intervener Edmonton Telephones Corporation.

Andrew J. Roman and *M. Christine O'Donohue*, for the interveners the Public Utilities Commission of Cochrane et al.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

LAMER C.J. — We are all of the view that Téléphone Guèvremont Inc. is an interprovincial work and undertaking within the legislative authority of the Parliament of Canada by virtue of ss. 92(10)(*a*) and 91(29) of the *Constitution Act, 1867* by reason of the nature of the services provided and the mode of operation of the undertaking, which provides a telecommunication signal carrier service whereby its subscribers send and receive interprovincial and international communications as set out in the reasons of Rousseau-Houle J.A. The constitutional question is answered as follows:

Question: Is Téléphone Guèvremont Inc. a work and undertaking within the legislative authority of the Parliament of Canada by virtue of ss. 92(10)(*a*) and 91(29), of the opening words

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1993] R.J.Q. 77, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1991] R.J.Q. 2934. Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

Jean-François Jobin, *Louis Rochette*, *Luc Chamberland* et *Alain Gingras*, pour les appelants.

André Joli-Cœur, *Louis Masson* et *Lucie Rodrigue*, pour l'intimée.

Jean-Marc Aubry, *c.r.*, et *Jeff Richstone*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Thomson Irvine, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Peter T. Costigan, *c.r.*, et *Leo B. Chrzanowski*, pour l'intervenante Edmonton Telephones Corporation.

Andrew J. Roman et *M. Christine O'Donohue*, pour les intervenantes la Commission des services publics de Cochrane et autres.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Nous sommes tous d'avis que Téléphone Guèvremont Inc. est un ouvrage et une entreprise interprovinciale qui relève de la compétence législative que possède le Parlement du Canada en vertu de l'al. 92(10)*a*) et du par. 91(29) de la *Loi constitutionnelle de 1867* en raison de la nature des services offerts et du mode d'opération de l'entreprise qui offre un service de transport de signaux en matière de télécommunications par lequel ses abonnés envoient et reçoivent des communications interprovinciales et internationales selon les motifs de Mme le juge Rousseau-Houle. La question constitutionnelle reçoit la réponse suivante:

Question: Téléphone Guèvremont Inc. est-elle un ouvrage et une entreprise qui relève de la compétence législative que possède le Parlement du Canada en vertu de l'al. 92(10)*a*)

of s. 91 or otherwise of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: Yes.

The appeal is dismissed with costs. The cross-appeal is dismissed since it is unfounded in view of the outcome of the appeal.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellants: The Department of Justice, Ste-Foy.

Solicitors for the respondent: Joli-Cœur, Lacasse, Lemieux, Simard, St-Pierre, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.

Solicitors for the intervener Edmonton Telephones Corporation: Brownlee Fryett, Edmonton.

Solicitors for the interveners the Public Utilities Commission of Cochrane et al.: Miller Thomson, Toronto.

et du par. 91(29), de l'alinéa introductif de l'art. 91 ou d'une autre disposition de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse: Oui.

Le pourvoi est rejeté avec dépens. L'appel incident est rejeté parce que sans objet eu égard au sort de l'appel.

Jugement en conséquence.

Procureur des appelants: Le ministère de la Justice, Ste-Foy.

Procureurs de l'intimée: Joli-Cœur, Lacasse, Lemieux, Simard, St-Pierre, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.

Procureurs de l'intervenante Edmonton Telephones Corporation: Brownlee Fryett, Edmonton.

Procureurs des intervenantes la Commission des services publics de Cochrane et autres: Miller Thomson, Toronto.

Darryl R. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* R. (D.)

File No.: 23685.

1994: April 27.

Present: Sopinka, Gonthier, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Young offenders — Evidence — Statements — Admissibility — First part of statement inadmissible — Second part of statement continuation of first part — Caution preceding second part not "fresh start" — Second part of statement also inadmissible — Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, s. 56.

Cases Cited

Applied: *R. v. I. (L.R.) and T. (E.)*, [1993] 4 S.C.R. 504.

Statutes and Regulations Cited

Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, s. 56.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1993), 14 O.R. (3d) 585, 84 C.C.C. (3d) 126, 65 O.A.C. 145, dismissing the accused's appeal from his conviction on charges of theft, break and enter and mischief. Appeal allowed.

Maureen Forestell, for the appellant.

Christine Bartlett-Hughes, for the respondent.

Darryl R. *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* R. (D.)

N° du greffe: 23685.

1994: 27 avril.

Présents: Les juges Sopinka, Gonthier, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Droit criminel — Jeunes contrevenants — Preuve — Déclarations — Admissibilité — Première partie d'une déclaration inadmissible — Seconde partie de la déclaration étant une continuation de la première partie — Mise en garde faite avant la seconde partie ne constituant pas un «nouveau départ» — Seconde partie de la déclaration également inadmissible — Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 56.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. I. (L.R.) et T. (E.)*, [1993] 4 R.C.S. 504.

Lois et règlements cités

Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 56.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1993), 14 O.R. (3d) 585, 84 C.C.C. (3d) 126, 65 O.A.C. 145, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relative à des accusations de vol, d'introduction par effraction et de méfait. Pourvoi accueilli.

Maureen Forestell, pour l'appelant.

Christine Bartlett-Hughes, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered orally by

SOPINKA J. — This appeal is governed by the principles expressed in this Court's recent decision in *R. v. I. (L.R.) and T. (E.)*, [1993] 4 S.C.R. 504, which was decided after the judgment of the Court of Appeal herein. We agree with Labrosse J.A., dissenting, in his characterization of the second part of the statement as a continuation of the first part. The first part of the statement was inadmissible by reason of the non-compliance with s. 56 of the *Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1. Applying the principles in *I. (L.R.) and T. (E.)*, the second part of the statement was, therefore, also inadmissible.

It was submitted by the respondent that the s. 56 caution which preceded the second part of the statement was a "fresh start" rendering the inadmissibility of the first part of the statement irrelevant. We disagree. In the circumstances of this case, in order to constitute a "fresh start", the effect of the first statement would have had to be dispelled by appropriate language. This was not done.

The appeal is therefore allowed, the judgment of the Court of Appeal set aside, the convictions are quashed and a verdict of acquittal is entered on each count.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Bennett, Forestell, Toronto.

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

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi est régi par les principes que notre Cour a énoncés récemment dans l'arrêt *R. c. I. (L.R.) et T. (E.)*, [1993] 4 R.C.S. 504, qui a été rendu après le jugement de la Cour d'appel en l'espèce. Nous sommes d'accord avec le juge Labrosse, dissident, lorsqu'il qualifie la seconde partie de la déclaration comme étant une continuation de la première partie. Celle-ci n'était pas admissible parce qu'elle n'était pas conforme à l'art. 56 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1. Si l'on applique les principes énoncés dans *I. (L.R.) et T. (E.)*, la seconde partie de la déclaration n'était, par conséquent, pas admissible.

L'intimée soutient que la mise en garde faite conformément à l'art. 56 avant la seconde partie de la déclaration constituait un «nouveau départ», ce qui rendrait non pertinente l'inadmissibilité de la première partie de la déclaration. Nous ne sommes pas d'accord. Dans les circonstances de l'espèce, pour qu'il y ait un «nouveau départ», il faudrait que l'effet de la première déclaration ait été dissipé dans un langage clair, ce qui n'a pas été fait.

Par conséquent, le pourvoi est accueilli, le jugement de la Cour d'appel est infirmé, les déclarations de culpabilité sont annulées et un verdict d'acquittement est prononcé relativement à chaque chef d'accusation.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Bennett, Forestell, Toronto.

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

Andre Barclay Masters *Appellant*

v.

Georgia Annette Masters *Respondent*

INDEXED AS: MASTERS *v.* MASTERS

File No.: 22676.

1994: April 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Family law — Maintenance — No error on part of trial judge and no radical change in circumstances from those contemplated at time of separation agreement — Wife not represented at hearing and Court without benefit of factum or submissions from wife.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1991), 93 Sask. R. 241, 4 W.A.C. 241, 84 D.L.R. (4th) 253, 34 R.F.L. (3d) 34, dismissing an appeal from a judgment of Malone J. (1990), 82 Sask. R. 190, 24 R.F.L. (3d) 374, dismissing an application to vary maintenance. Appeal dismissed.

R. Bradley Hunter, for the appellant.

No one appeared for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

MCLACHLIN J. — This is an appeal from an order of a trial judge declining to vary support agreed to under a separation agreement. The wife was successful in both courts below. No error in the findings or reasoning of the trial judge has been established. The trial judge found that the separation agreement was final. No unforeseen or radical change in circumstances from those contemplated at the time of the separation agreement was demonstrated. It is therefore unnecessary to consider the issue of whether, had such change

Andre Barclay Masters *Appelant*

c.

Georgia Annette Masters *Intimée*

RÉPERTORIÉ: MASTERS *c.* MASTERS

N° du greffe: 22676.

1994: 28 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit de la famille — Pension alimentaire — Aucune erreur de la part du juge de première instance et aucun changement radical dans la situation prévue au moment de l'entente de séparation — Épouse non représentée à l'audience et aucun mémoire ou plaidoirie présenté à la Cour en son nom.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1991), 93 Sask. R. 241, 4 W.A.C. 241, 84 D.L.R. (4th) 253, 34 R.F.L. (3d) 34, qui a rejeté un appel contre une décision du juge Malone (1990), 82 Sask. R. 190, 24 R.F.L. (3d) 374, qui avait rejeté une demande de modification des aliments. Pourvoi rejeté.

R. Bradley Hunter, pour l'appelant.

Personne n'a comparu pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE MCLACHLIN — Il s'agit en l'espèce d'un pourvoi contre une ordonnance d'un juge de première instance, qui a refusé de modifier les aliments accordés en vertu d'une entente de séparation. L'épouse a eu gain de cause dans les deux juridictions inférieures. Nous n'avons pu établir aucune erreur dans les conclusions ou le raisonnement du juge de première instance, qui a conclu que l'entente de séparation était finale. Aucun changement imprévu ou radical n'a été démontré dans la situation telle qu'elle avait été prévue au

been demonstrated, that change need be causally connected to the circumstances of the marriage, or if so, was demonstrated on the evidence in this case to have been causally connected; it would be unwise to do so since she was not represented by counsel at the hearing in this Court, and we did not have the benefit of a factum or submissions from her.

We would dismiss the appeal with costs.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Cuelenaere, Kendall, Fisher, Gaucher, Katzman & Duncan, Regina.

Solicitors for the respondent: Merchant Law Group, Regina.

moment de l'entente de séparation. Il n'est donc pas nécessaire de tenter de déterminer si, dans le cas où un changement aurait été démontré, ce changement devait avoir un lien de causalité avec la situation au moment du mariage ou, le cas échéant, si la preuve démontrait en l'espèce qu'il y avait un lien de causalité; il serait malavisé de le faire puisque l'épouse n'était pas représentée par un avocat à l'audience devant notre Cour et que nous n'avons pu bénéficier ni d'un mémoire ni d'une plaidoirie en son nom.

Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Cuelenaere, Kendall, Fisher, Gaucher, Katzman & Duncan, Regina.

Procureurs de l'intimée: Merchant Law Group, Regina.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

Duty to act fairly — Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board — Board chairman refusing to put application for declaration of significant discovery before Board because it was based upon results of offshore well which had been subject of earlier significant discovery declaration — Whether applicant was entitled to a hearing — If applicant's right to be heard was denied, whether remedies sought should be granted.

MOBIL OIL CANADA LTD. V. CANADA-NEWFOUNDLAND OFFSHORE PETROLEUM BOARD, 202.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Coroners Act permitting warrantless seizures by coroners — Whether provision violates s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Coroners Act, R.S.O. 1980, c. 93, s. 16(2)(a) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

R. V. COLARUSSO, 20.

2. Validity of legislation — Whether investigatory provisions of Coroners Act intra vires province — Coroners Act, R.S.O. 1980, c. 93, s. 16(2)(a) — Constitution Act, 1867, s. 91(27).

R. V. COLARUSSO, 20.

3. Charter of Rights — Life, liberty and security of the person — Right to strike — Back-to-work legislation not violating s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Maintenance of Ports Operations Act, 1986, S.C. 1986, c. 46.

INTERNATIONAL LONGSHOREMEN'S AND WAREHOUSEMEN'S UNION — CANADA AREA LOCAL 500 V. CANADA, 150.

4. Charter of Rights — Freedom of association — Right to strike — Back-to-work legislation not violating s. 2(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Maintenance of Ports Operations Act, 1986, S.C. 1986, c. 46.

INTERNATIONAL LONGSHOREMEN'S AND WAREHOUSEMEN'S UNION — CANADA AREA LOCAL 500 V. CANADA, 150.

5. Charter of Rights — Right to make full answer and defence — Interception of private communications — Opening of sealed packet — Editing of affidavits — Whether reviewing judge's editing of affidavits deprived accused of right to make full answer and defence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d).

R. V. DURETTE, 469.

6. Charter of Rights — War crimes and crimes against humanity — Nature and proof of offences — Allegations arising from detention, robbery and deportation to concentration camps of Jewish persons in Nazi-controlled World War II Europe — Defence of police officer following lawful orders — Whether infringement of principles of fundamental justice (s. 7), the right to be informed without unreasonable delay of the specific offence (s. 11(a)), the right to trial within a reasonable time (s. 11(b)), the right to be presumed innocent (s. 11(d)), the requirement that an act or omission constitute an offence (s. 11(g)), the prohibition against cruel and usual punishment (s. 12) or the equality guarantees (s. 15) — If so, whether infringement justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(a), (b), (d), (g), 12, 15.

R. V. FINTA, 701.

7. Division of powers — Interprovincial work and undertaking — Telephones — Undertaking's physical equipment and subscribers located within province — Undertaking providing telecommunication services whereby subscribers send and receive interprovincial and international communications — Whether undertaking within federal jurisdiction — Constitution Act, 1867, ss. 91(29), 92(10)(a).

TÉLÉPHONE GUÈVREMONT INC. V. QUEBEC (RÉGIE DES TÉLÉCOMMUNICATIONS), 878.

CONTRACTS

Non-mortgage loans — Calculation of interest rate — Interpretation of contract.

BANK OF NOVA SCOTIA V. DUNPHY LEASING ENTERPRISES LTD., 552.

COURTS

Residual discretion of appellate court on appeal from acquittal where error at trial reasonably capable of affecting the verdict —

COURTS—Concluded

Criminal Code providing for upholding the acquittal or ordering new trial — Charge of impaired driving causing death and injury — Proof of impaired driving required to found charge — Crown declining to call further evidence when breathalyzer evidence found inadmissible for alleged Charter violation — Accused acquitted — Evidence found to be wrongly excluded on appeal — Court of Appeal upholding acquittal and refusing to order new trial — Whether, on a trial by judge and jury, s. 686(4) of the Criminal Code (dealing with the power of courts of appeal on appeals from acquittals either to uphold the acquittal or to order a new trial) includes a residual discretion for a court of appeal to refuse to order a new trial where there was an error at trial which could reasonably have affected the verdict — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(4).

R. v. POWER, 601.

CRIMINAL LAW

1. Self-defence — Elements of self-defence — Charge to jury — Question from jury — Whether trial judge erred in his answer in differentiating between previous threats and threats made against accused on evening of incident and in relating previous threats only to existence of assault — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 34(2), 265(1).

R. v. PÉTEL, 3.

2. Evidence — Third party's propensity for violence — Charge to jury — Accused charged with aggravated assault following a stabbing — Defence advancing theory that stabbing committed by third party — Evidence adduced by defence indicating that third party had stabbed another person earlier that evening and had been previously convicted of armed robbery — Whether trial judge properly instructed jury on use to be made of defence evidence concerning third party's propensity for violence — Whether curative provision of Criminal Code should be applied — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. ARCANGIOLI, 129.

3. Evidence — Consciousness of guilt — Flight from crime scene — Charge to jury — Accused charged with aggravated assault following a stabbing — Accused admitted punching victim but testified that stabbing was committed by third party — Whether trial judge properly instructed jury on inferences to be drawn from accused's flight from crime scene — Whether curative provision of Criminal Code should be applied — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. ARCANGIOLI, 129.

4. Trial — Charge to jury — Trial judge failing to give Vetrovec warning to jury — No question of law raised — Supreme Court of Canada having no jurisdiction to entertain appeal as of right — No miscarriage of justice.

R. v. PITTMAN, 148.

5. Sexual assault — Consent — Admissibility of evidence — Evidence of prior sexual acts with accused — Defence of honest but mistaken belief of consent — Whether evidence of other acts of intercourse admissible.

R. v. DICKSON, 153.

6. First degree murder — Charge to jury.

R. v. RICHARDSON, 155.

7. Sexual offences — Trial judge commenting on lack of corroboration and concluding that test for indecent assault subjective — Trial judge excluding psychologist's evidence — Order for new trial upheld.

R. v. BOIS, 357.

8. Appellate court powers — Power to dismiss appeal against conviction where no substantial wrong or miscarriage of justice — Conviction of conspiracy to impersonate fraudulently and of procuring passport by making false statement — Jury not charged as to use acts and declarations of co-conspirators could be put — Whether Court of Appeal erred in dismissing appeal from conviction on ground that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. NAGRA, 355.

9. Interception of private communications — Opening of sealed packet — Editing of affidavits — Whether reviewing judge erred in his editing procedure and in determining what to edit — Whether accused's right to make full answer and defence denied.

R. v. DURETTE, 469.

10. Sexual offences — Time of offence — Reopening of Crown's case — Complainant and her mother testifying that alleged assaults occurred in 1982 — Crown closing its case — Defence announcing intention to call alibi witness — Crown recalling complainant's mother to establish that alleged assaults occurred in 1983 — Whether trial judge erred in permitting Crown to reopen case — Whether trial judge erred in permitting Crown to amend indictment.

R. v. P. (M.B.), 555.

11. Appeal from acquittal — Courts — Residual discretion of appellate court on appeal from acquittal where error at trial reasonably capable of affecting the verdict — Criminal Code providing for upholding the acquittal or ordering new trial — Charge of impaired driving causing death and injury — Proof of impaired driving required to found charge — Crown declining to call further evidence when breathalyzer evidence found inadmissible for

CRIMINAL LAW—Continued

alleged Charter violation — Accused acquitted — Evidence found to be wrongly excluded on appeal — Court of Appeal upholding acquittal and refusing to order new trial — Whether, on a trial by judge and jury, s. 686(4) of the Criminal Code (dealing with the power of courts of appeal on appeals from acquittals either to uphold the acquittal or to order a new trial) includes a residual discretion for a court of appeal to refuse to order a new trial where there was an error at trial which could reasonably have affected the verdict.

R. v. POWER, 601.

12. Powers of court of appeal — Accused convicted of sexual offences on basis of complainant's testimony — Convictions overturned on appeal — Whether Court of Appeal exceeded proper limits of appellate review — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

R. v. BURNS, 656.

13. Sexual offences — Evidence — Credibility of witnesses — Expert evidence — Trial judge convicting accused on basis of complainant's testimony — Convictions overturned on appeal — Whether Court of Appeal erred in setting aside trial judge's conclusions on credibility — Whether Court of Appeal erred in concluding that trial judge did not err in decisions on admissibility or use of evidence.

R. v. BURNS, 656.

14. Young offenders — Evidence — Statements — Admissibility — First part of statement inadmissible — Second part of statement continuation of first part — Caution preceding second part not "fresh start" — Second part of statement also inadmissible — Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, s. 56.

R. v. R. (D.), 881.

15. War crimes and crimes against humanity — Nature and proof of offences — Allegations arising from detention, robbery and deportation to concentration camps of Jewish persons in Nazi-controlled World War II Europe — Defence of police officer following lawful orders — Trial judge calling own evidence — Whether war crimes and crimes against humanity separate crimes from included Criminal Code offences or whether Code provisions jurisdictional allowing Canadian courts to exercise jurisdiction in situations of war crimes or crimes against humanity over criminal activity occurring abroad — Whether necessary for the jury to decide, beyond a reasonable doubt not only guilt under applicable Criminal Code charges but also whether acts war crimes and/or crimes against humanity — Whether requisite mens rea for each offence requiring the Crown to prove intent to commit criminal offence and knowledge of factual characteristics of war crimes and/or crimes against humanity — Whether "peace officer defence" available and nature of that defence — Whether trial judge's instructions to the jury adequately overcoming prejudice caused by defence counsel's inflammatory and improper jury address — Whether police statement and deposition of deceased person admissible even though within recognized exception to the hearsay rule — Whether trial judge properly calling own evidence — Whether trial judge's instructions to the jury relating to the Crown's identification evidence appropriate — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 6(2), 7(3.71)(a)(i), (ii), (iii), (b), (3.72), (3.74), (3.76), 15, 25(1), (2), (3), (4), 736.

CRIMINAL LAW—Concluded

R. v. FINTA, 701.

DAMAGES

Assessment — Personal injury — Loss of future income — Life expectancy — Powers of appellate tribunal — Infant suffering from severe disabilities due to oxygen deprivation during birth — Court of Appeal substituting its assessment of life expectancy of infant for that of trial judge — Whether Court of Appeal justified in interfering with trial judge's conclusion on life expectancy — Whether Court of Appeal erred in deducting living expenses for years after infant's projected death from award for loss of future income.

TONEGUZZO-NORVELL (GUARDIAN *AD LITEM* OF) v. BURNABY HOSPITAL, 114.

EVIDENCE

Criminal law — Sexual assault — Consent — Admissibility of evidence — Evidence of prior sexual acts with accused — Defence of honest but mistaken belief of consent — Whether evidence of other acts of intercourse admissible.

R. v. DICKSON, 153.

EXTRADITION

Jurisdiction — Conspiracy to import cocaine illegally into Canada — Planning done in Canada — Plan involving activities which took place in the United States — Co-conspirators and cocaine seized at U.S. airport while airplane being refuelled — U.S. seeking extradition of conspirator even though conspirator never in U.S. — Extradition judge finding want of jurisdiction on part of U.S. court to hear case — Whether Canadian executive or extradition judge had authority to consider jurisdiction of requesting state to prosecute the fugitive for offence charged — Nature of the links to an offence that must exist to warrant prosecution under Canadian law — Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23, ss. 13, 18(1)(b), 22 — Extradition Treaty Between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, arts. 1, 3, 3(3), 4(iii), 8.

UNITED STATES OF AMERICA v. LÉPINE, 286.

FAMILY LAW

Maintenance — No error on part of trial judge and no radical change in circumstances from those contemplated at time of separation agreement — Wife not represented at hearing and Court without benefit of factum or submissions from wife.

MASTERS v. MASTERS, 883.

INTEREST

Calculation of interest rate — Non-mortgage loans — Lender prescribing interest at stated annual rate but calculating, collecting or compounding interest rate on more frequent basis — Whether Court of Appeal erred in finding nominal annual interest rate applicable and s. 4 of Interest Act not applicable — Interest Act, R.S.C., 1985, c. I-15, s. 4.

BANK OF NOVA SCOTIA v. DUNPHY LEASING ENTERPRISES LTD., 552.

MUNICIPAL LAW

Municipal resolutions — Validity — Vancouver passing resolutions that it would not do business with Shell until Shell "completely withdraws from South Africa" — Whether actions of city council as embodied in resolutions reviewable — Whether resolutions ultra vires city in that they do not relate to a municipal purpose — Whether resolutions constitute unauthorized discrimination — Vancouver Charter, S.B.C. 1953, c. 55.

SHELL CANADA PRODUCTS LTD. v. VANCOUVER (CITY), 231.

OIL AND GAS

Offshore exploration — Application for declaration of significant discovery — Application based upon results of offshore well which had been subject of earlier significant discovery declaration — Whether application made under s. 71(1) of the Canada-Newfoundland Atlantic Accord Implementation Act requires drilling of fresh offshore well — Whether Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board must refer application to Oil and Gas Committee — Canada-Newfoundland Atlantic Accord Implementation Act, S.C. 1987, c. 3, ss. 47, 71(1), 124.

MOBIL OIL CANADA LTD. v. CANADA-NEWFOUNDLAND OFFSHORE PETROLEUM BOARD, 202.

PRACTICE

Interlocutory motions to stay implementation of regulations pending final decision on appeals and to delay implementation if appeals dismissed — Leave to appeal granted shortly after applications to stay heard — Whether the applications for relief from compliance with regulations should be granted — Tobacco Products Control Act, S.C. 1988, c. 20, ss. 3, 4 to 8, 9, 11 to 16, 17(f), 18 — Tobacco Products Control Regulations, amendment, SOR/93-389 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 24(1) — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, s. 27 — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 65.1.

RJR — MACDONALD INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 311.

PUBLIC UTILITIES

1. Claims — Quantum meruit — Equitable estoppel — Electrical utility underbilling for power supplied to customer — Customer claiming that utility estopped from recovering by its own negligence — Equitable estoppel unavailable as defence where it would interfere with ability of public authority to carry out positive statutory duty — Whether Ontario utilities legislation imposes positive duty — Power Corporation Act, R.S.O. 1980, c. 384, s. 99.

KENORA (TOWN) HYDRO ELECTRIC COMMISSION v. VACATIONLAND DAIRY CO-OPERATIVE LTD., 80.

2. Electricity — Licences — National Energy Board granting licences for export of electrical power to U.S. — Licences granted subject to environmental assessments of future generating facilities — Whether Board erred in granting licences — National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7 — Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467.

QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. CANADA (NATIONAL ENERGY BOARD), 159.

TORTS

1. Negligence — Occupiers' liability — Trial judge's findings of fact supportable by evidence — Appeal dismissed.

GIBNEY v. GILLILAND, 157.

2. Negligence — Compensation — Plaintiffs receiving compensation for lost wages under employment plans — Whether compensation received should be deducted from amount recovered for loss of wages from tortfeasor — Whether amount recovered for lost wages should be reduced by amount of income tax which would have been payable on wages.

CUNNINGHAM v. WHEELER; COOPER v. MILLER; SHANKS v. MCNEE, 359.

3. Negligence — Duty of care — Governmental liability — Maintenance of highways — Driver injured after losing control of

TORTS—Continued

vehicle on icy highway — Highways Department crew still on summer maintenance schedule at time of accident — Whether Department's decision to maintain summer schedule one of policy — Whether Department negligent in manner in which sanding was carried out under summer schedule.

BROWN V. BRITISH COLUMBIA (MINISTER OF TRANSPORTATION AND HIGHWAYS), 420.

4. Negligence — Duty of care — Governmental liability — Maintenance of highways — Tree on private property adjacent to provincial highway falling on truck and injuring driver — Transportation Department having conducted survey prior to accident to identify obviously hazardous trees — Whether Department's decision to conduct survey one of policy — Whether Department negligent in carrying out survey.

SWINAMER V. NOVA SCOTIA (ATTORNEY GENERAL), 445.

TORTS—Concluded

5. Negligence — Motor vehicles — Seat belts — Duty of care — Eight-year-old child injured in motor vehicle accident — Child not wearing seat belt at time of accident — Whether general duty of care owed by driver of vehicle to passengers includes duty to take reasonable steps to ensure that passenger under 16 years of age wears seat belt — If so, whether duty negated by presence of parent of child.

GALASKE V. O'DONNELL, 670.

INDEX

CONTRATS

Prêts non hypothécaires — Calcul du taux d'intérêt — Interprétation de contrat.

BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE C. DUNPHY LEASING ENTERPRISES LTD., 552.

DOMMAGES-INTÉRÊTS

Évaluation — Lésions corporelles — Perte de revenus futurs — Espérance de vie — Pouvoirs du tribunal d'appel — Mineure gravement handicapée en raison d'un manque d'oxygène à sa naissance — Substitution par la Cour d'appel de son évaluation de l'espérance de vie de la mineure à celle du juge de première instance — La Cour d'appel était-elle justifiée de modifier la conclusion du juge de première instance sur l'espérance de vie? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en déduisant de l'indemnité accordée pour la perte de revenus futurs des frais de subsistance pour les années suivant le décès prévu de la mineure?

TONEGUZZO-NORVELL (TUTRICE À L'INSTANCE DE) C. BURNABY HOSPITAL, 114.

DROIT ADMINISTRATIF

Obligation d'agir équitablement — Office Canada—Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers — Refus du président de l'Office de soumettre à l'Office la demande de déclaration de découverte importante parce qu'elle était fondée sur les résultats d'un puits extracôtier ayant déjà fait l'objet d'une déclaration de découverte importante — La requérante avait-elle droit à une audience? — S'il y a eu négation du droit de la requérante d'être entendue, les redressements recherchés devraient-ils être accordés?

MOBIL OIL CANADA LTD. C. OFFICE CANADA—TERRE-NEUVE DES HYDROCARBURES EXTRACÔTIERS, 202.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Saisies sans mandat par les coroners autorisées par la Loi sur les coroners — La disposition viole-t-elle l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur les coroners, L.R.O. 1980, ch. 93, art. 16(2)a) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. C. COLARUSSO, 20.

2. Validité d'une disposition législative — La province avait-elle compétence pour adopter les dispositions relatives aux investigations de la Loi sur les coroners? — Loi sur les coroners, L.R.O. 1980, ch. 93, art. 16(2)a) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27).

R. C. COLARUSSO, 20.

3. Charte des droits — Liberté d'association — Droit de grève — Non-violation de l'art. 2d) de la Charte canadienne des droits et libertés par la loi imposant le retour au travail — Loi de 1986 sur les opérations portuaires, S.C. 1986, ch. 46.

SYNDICAT INTERNATIONAL DES DÉBARDEURS ET MAGASINIERS — CANADA, SECTION LOCALE 500 C. CANADA, 150.

4. Charte des droits — Vie, liberté et sécurité de la personne — Droit de grève — Non-violation de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés par la loi imposant le retour au travail — Loi de 1986 sur les opérations portuaires, S.C. 1986, ch. 46.

SYNDICAT INTERNATIONAL DES DÉBARDEURS ET MAGASINIERS — CANADA, SECTION LOCALE 500 C. CANADA, 150.

5. Charte des droits — Droit de présenter une défense pleine et entière — Interception de communications privées — Ouverture d'un paquet scellé — Révision d'affidavits — La révision des affidavits par le juge siégeant en révision a-t-elle privé les accusés de leur droit de présenter une défense pleine et entière? — Charte canadienne des droits et liberté, art. 7, 11d).

R. C. DURETTE, 469.

6. Charte des droits — Crimes de guerre et crimes contre l'humanité — Nature et preuve des infractions — Allégations découlant de la détention et de la déportation dans des camps de concentration de Juifs, et de vols commis contre eux, dans l'Europe de la Seconde Guerre mondiale dominée par les Nazis — Moyen de défense du policier obéissant à des ordres légaux — Y a-t-il eu violation des principes de justice fondamentale (art. 7), du droit d'être informé dans les plus brefs délais de l'infraction précise reprochée (art. 11a)), du droit à un procès dans un délai raisonnable (art. 11b)), du droit d'être présumé innocent (art. 11d)), de l'exigence selon laquelle une action ou une omission doit constituer une infraction (art. 11g)), de la protection contre les peines

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

cruelles et inusitées (art. 12) ou des droits à l'égalité (art. 15) — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11a), b), d), g), 12, 15.

R. C. FINTA, 701.

7. Partage des compétences — Ouvrage et entreprise de nature interprovinciale — Téléphone — Installations et abonnés de l'entreprise situés à l'intérieur de la province — Entreprise offrant des services de télécommunications par lequel ses abonnés envoient et reçoivent des communications interprovinciales et internationales — S'agit-il d'une entreprise qui relève de la compétence fédérale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10)a).

TÉLÉPHONE GUÈVREMONT INC. C. QUÉBEC (RÉGIE DES TÉLÉCOMMUNICATIONS), 878.

DROIT CRIMINEL

1. Légitime défense — Éléments de la légitime défense — Directives au jury — Question du jury — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans sa réponse en différenciant les menaces antérieures des menaces proférées contre l'accusée le soir de l'incident et en reliant ces menaces antérieures uniquement à l'existence d'une attaque? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 34(2), 265(1).

R. C. PÉTEL, 3.

2. Preuve — Propension d'un tiers à la violence — Exposé au jury — Accusation de voies de fait graves portée à la suite d'une agression à coups de couteau — Thèse de la défense selon laquelle l'agression à coups de couteau est le fait d'un tiers — Production par la défense d'une preuve indiquant qu'un tiers, déjà déclaré coupable de vol à main armée, avait poignardé une autre personne plus tôt ce soir-là — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives appropriées sur l'usage qui devait être fait de la preuve de la défense concernant la propension du tiers à la violence? — Y a-t-il lieu d'appliquer la disposition réparatrice du Code criminel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

R. C. ARCANGIOLI, 129.

3. Preuve — Conscience de culpabilité — Fuite des lieux du crime — Exposé au jury — Accusation de voies de fait graves portée à la suite d'une agression à coups de couteau — L'accusé a avoué avoir frappé la victime à coups de poing mais a témoigné que l'agression à coups de couteau était le fait d'un tiers — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives appropriées sur les conclusions à tirer du fait que l'accusé s'était enfui des lieux du crime? — Y a-t-il lieu d'appliquer la disposition réparatrice du Code criminel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

R. C. ARCANGIOLI, 129.

DROIT CRIMINEL—Suite

4. Procès — Exposé au jury — Omission du juge du procès de faire une mise en garde de type Vetrovec au jury — Aucune question de droit soulevée — Non-compétence de la Cour suprême du Canada pour entendre le pourvoi de plein droit — Aucune erreur judiciaire.

R. C. PITTMAN, 148.

5. Agression sexuelle — Consentement — Admissibilité de la preuve — Preuve d'actes sexuels antérieurs avec l'accusé — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement — La preuve d'autres rapports sexuels est-elle admissible?

R. C. DICKSON, 153.

6. Meurtre au premier degré — Directives au jury.

R. C. RICHARDSON, 155.

7. Infractions d'ordre sexuel — Juge du procès commentant l'absence de corroboration et concluant qu'un critère subjectif est applicable à l'attentat à la pudeur — Exclusion par le juge du procès du témoignage d'une psychologue — Ordonnance de nouveau procès maintenue.

R. C. BOIS, 357.

8. Pouvoirs d'une cour d'appel — Pouvoir de rejeter un appel contre une déclaration de culpabilité en l'absence de tort important ou d'erreur judiciaire grave — Déclaration de culpabilité de complot en vue de se faire passer frauduleusement pour une autre personne et d'obtention d'un passeport au moyen d'une fausse déclaration — Absence de directives au jury quant à l'usage qui pouvait être fait des actes et déclarations de coconspirateurs — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en rejetant un appel contre une déclaration de culpabilité pour le motif qu'il ne s'était produit aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

R. C. NAGRA, 355.

9. Interception de communications privées — Ouverture d'un paquet scellé — Révision d'affidavits — Le juge siégeant en révision a-t-il commis une erreur dans son processus de révision et en déterminant ce qui devait être révisé? — Le droit des accusés de présenter une défense pleine et entière a-t-il été violé?

R. C. DURETTE, 469.

10. Infractions d'ordre sexuel — Moment de l'infraction — Réouverture de la preuve du ministère public — Plaignante et sa mère témoignant que les agressions se seraient produites en 1982 — Fin de la preuve du ministère public — Défense annonçant son intention de citer un témoin pour étayer un alibi — Ministère public citant de nouveau la mère de la plaignante pour démontrer que les agressions se seraient produites en 1983 — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en permettant au ministère public de

DROIT CRIMINEL—Suite

rouvrir sa preuve? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en permettant au ministère public de modifier l'acte d'accusation?

R. c. P. (M.B.), 555.

11. Appel d'un acquittement — Tribunaux — Pouvoir discrétionnaire résiduel d'une cour d'appel saisie d'un appel contre l'acquittement dans un cas où une erreur commise au procès peut raisonnablement être considérée comme influant sur le verdict — Maintien de l'acquittement ou ordonnance d'un nouveau procès prévu au Code criminel — Accusation de conduite avec facultés affaiblies causant la mort et des lésions corporelles — Preuve de conduite avec facultés affaiblies nécessaire pour fonder l'accusation — Refus du ministère public de produire d'autres éléments de preuve après que la preuve obtenue au moyen de l'alcootest ait été jugée inadmissible parce qu'il y aurait eu violation de la Charte — Accusé acquitté — En appel, preuve jugée avoir été écartée à tort — Maintien par la Cour d'appel de l'acquittement et refus d'ordonner un nouveau procès — Dans le cas d'un procès devant un juge et un jury, l'art. 686(4) du Code criminel (portant sur le pouvoir des cours d'appel saisies d'appels interjetés contre des acquittements de maintenir l'acquittement ou d'ordonner un nouveau procès) confère-t-il à la cour d'appel un pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser d'ordonner un nouveau procès lorsqu'une erreur pouvant raisonnablement être considérée comme influant sur le verdict a été commise au procès?

R. c. POWER, 601.

12. Pouvoirs d'une cour d'appel — Accusé déclaré coupable d'infractions d'ordre sexuel sur la foi du témoignage de la plaignante — Déclarations de culpabilité écartées en appel — La Cour d'appel a-t-elle excédé les limites d'une révision en appel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a)(i).

R. c. BURNS, 656.

13. Infractions d'ordre sexuel — Preuve — Crédibilité de témoins — Témoignage d'expert — Juge du procès déclarant l'accusé coupable sur la foi du témoignage de la plaignante — Déclarations de culpabilité écartées en appel — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en annulant les conclusions du juge du procès sur la crédibilité? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en statuant sur l'admissibilité ou sur l'utilisation d'éléments de preuve?

R. c. BURNS, 656.

14. Jeunes contrevenants — Preuve — Déclarations — Admissibilité — Première partie d'une déclaration inadmissible — Seconde partie de la déclaration étant une continuation de la première partie — Mise en garde faite avant la seconde partie ne constituant pas un «nouveau départ» — Seconde partie de la déclaration également inadmissible — Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 56.

R. c. R. (D.), 881.

DROIT CRIMINEL—Fin

15. Droit criminel — Crimes de guerre et crimes contre l'humanité — Nature et preuve des infractions — Allégations découlant de la détention et de la déportation dans des camps de concentration de Juifs, et de vols commis contre eux, dans l'Europe de la Seconde Guerre mondiale dominée par les Nazis — Moyen de défense du policier obéissant à des ordres légaux — Preuve déposée par le juge du procès — Les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité constituent-ils des crimes distincts des infractions incluses du Code criminel ou les dispositions du Code sont-elles attributives de compétence permettant aux tribunaux canadiens d'exercer leur compétence dans les cas de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité survenus à l'étranger? — Le jury doit-il décider, hors de tout doute raisonnable, non seulement la culpabilité relativement aux accusations applicables du Code criminel mais aussi, si les actes constituent des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité ou les deux? — La mens rea requise pour chaque infraction exige-t-elle que le ministère public prouve l'intention de commettre une infraction criminelle et la connaissance des caractéristiques factuelles des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité? — La «défense de l'agent de la paix» peut-elle être invoquée et quelle est la nature de ce moyen de défense? — Les directives du juge du procès au jury ont-elles adéquatement réparé le préjudice causé par l'exposé incorrect et incendiaire de l'avocat de la défense au jury? — La déclaration à la police et la déposition d'une personne décédée sont-elles recevables bien que visées par les exceptions reconnues à la règle du ouï-dire? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur lorsqu'il a présenté sa propre preuve? — Les directives du juge du procès au jury relativement à la preuve d'identification du ministère public étaient-elles appropriées? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 6(2), 7(3.71)(a)(i), (ii), (iii), (b), (3.72), (3.74), (3.76), 15, 25(1), (2), (3), (4), 736.

R. c. FINTA, 701.

DROIT DE LA FAMILLE

Pension alimentaire — Aucune erreur de la part du juge de première instance et aucun changement radical dans la situation prévue au moment de l'entente de séparation — Épouse non représentée à l'audience et aucun mémoire ou plaidoirie présenté à la Cour en son nom.

MASTERS c. MASTERS, 883.

DROIT MUNICIPAL

Résolutions municipales — Validité — La ville de Vancouver a décidé, par voie de résolutions, qu'elle s'abstiendrait de traiter avec Shell jusqu'à ce que celle-ci «se retire complètement de l'Afrique du sud» — Les actes du conseil municipal que représentent les résolutions adoptées peuvent-ils faire l'objet d'un contrôle? — Les résolutions excèdent-elles la compétence de la ville en ce

DROIT MUNICIPAL—Fin

sens qu'elles n'ont pas trait à un objet municipal? — Les résolutions constituent-elles une forme de discrimination non autorisée? — Vancouver Charter, S.B.C. 1953, ch. 55.

PRODUITS SHELL CANADA LTÉE C. VANCOUVER (VILLE), 231.

EXTRADITION

Compétence — Complot en vue d'importer illégalement de la cocaïne au Canada — Plan conçu au Canada — Plan comportant des activités survenues aux États-Unis — Arrestation d'autres comploteurs et saisie de cocaïne dans un aéroport américain pendant qu'on faisait le plein — Demande d'extradition d'un comploteur faite par les États-Unis, même si celui-ci ne s'est jamais trouvé aux États-Unis — Le juge d'extradition a statué que les tribunaux américains n'avaient pas compétence pour entendre l'affaire — Le pouvoir exécutif canadien ou le juge d'extradition était-il habilité à examiner si l'État requérant avait compétence pour poursuivre le fugitif relativement à l'infraction reprochée? — Nature des liens qui doivent exister avec une infraction pour justifier des poursuites en vertu du droit canadien — Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 13, 18(1)b), 22 — Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 nº 3, art. 1, 3, 3(3), 4(iii), 8.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. LÉPINE, 286.

INTÉRÊTS

Calcul du taux d'intérêt — Prêts non hypothécaires — Taux d'intérêt annuel prescrit par le prêteur, mais calculé, perçu ou composé sur une base plus fréquente — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que le taux d'intérêt annuel nominal s'appliquait et que l'art. 4 de la Loi sur l'intérêt ne s'appliquait pas — Loi sur l'intérêt, L.R.C. (1985), ch. I-15, art. 4.

BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE C. DUNPHY LEASING ENTERPRISES LTD., 552.

PÉTROLE ET GAZ

Exploration extracôtière — Demande de déclaration de découverte importante — Demande fondée sur les résultats d'un puits extracôtier ayant déjà fait l'objet d'une déclaration de découverte importante — Une demande déposée en vertu de l'art. 71(1) de la Loi de mise en œuvre de l'Accord atlantique Canada—Terre-Neuve exige-t-elle le forage d'un nouveau puits extracôtier? — L'Office Canada—Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers doit-il renvoyer la demande au Comité des hydrocarbures? — Loi de mise en œuvre de l'Accord atlantique Canada—Terre-Neuve, L.C. 1987, ch. 3, art. 47, 71(1), 124.

MOBIL OIL CANADA LTD. C. OFFICE CANADA—TERRE-NEUVE DES HYDROCARBURES EXTRACÔTIERS, 202.

PÉTROLE ET GAZ—Fin

PRATIQUE

Demandes interlocutoires visant à surseoir à l'application d'un règlement en attendant la décision finale sur des appels et à en retarder la mise en œuvre si les appels sont rejetés — Autorisations d'appel accordées peu après l'audition des demandes de sursis — Les demandes de dispense de l'application du règlement devraient-elles être accordées? — Loi réglementant les produits du tabac, L.C. 1988, ch. 20, art. 3, 4 à 8, 9, 11 à 16, 17f), 18 — Règlement sur les produits du tabac—Modification, DORS/93-389 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 24(1) — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 27 — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 65.1.

RJR — MACDONALD INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 311.

PREUVE

Droit criminel — Agression sexuelle — Consentement — Admissibilité de la preuve — Preuve d'actes sexuels antérieurs avec l'accusé — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement — La preuve d'autres rapports sexuels est-elle admissible?

R. C. DICKSON, 153.

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

1.Négligence — Responsabilité des occupants — Conclusion de fait du juge du procès pouvant être appuyée par la preuve — Pourvoi rejeté.

GIBNEY C. GILLILAND, 157.

2. Négligence — Indemnisation — Demandeurs ayant été indemnisés de pertes de salaire conformément à des régimes d'indemnisation des travailleurs — Les indemnités reçues doivent-elles être déduites du montant obtenu de l'auteur d'un délit civil pour le salaire perdu? — Faut-il retrancher du montant obtenu pour perte de salaire le montant d'impôt sur le revenu qui aurait dû être payé sur le salaire?

CUNNINGHAM C. WHEELER; COOPER C. MILLER; SHANKS C. MCNEE, 359.

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE—Fin

3. Négligence — Obligation de diligence — Responsabilité gouvernementale — Entretien des routes — Conducteur blessé après avoir perdu la maîtrise de son véhicule sur la chaussée glacée — Personnel du ministère de la Voirie fonctionnant encore selon l'horaire d'été à l'époque de l'accident — La décision du Ministère de maintenir l'horaire d'été en était-elle une de politique générale? — Le Ministère a-t-il fait preuve de négligence dans l'organisation de l'épandage du sable suivant l'horaire d'été?

BROWN C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (MINISTRE DES TRANSPORTS ET DE LA VOIRIE), 420.

4. Négligence — Obligation de diligence — Responsabilité de l'État — Entretien des routes — Conducteur de camion blessé par la chute d'un arbre situé sur une propriété privée attenante à une route provinciale — Inspection faite par le ministère des Transports avant l'accident en vue de dénombrer les arbres présentant un danger apparent — La décision du ministère de procéder à une inspection est-elle une décision de politique générale? — Le ministère a-t-il été négligent dans le cadre de l'inspection?

SWINAMER C. NOUVELLE-ÉCOSSE (PROCUREUR GÉNÉRAL), 445.

5. Négligence — Véhicules automobiles — Ceintures de sécurité — Obligation de diligence — Enfant de huit ans blessé dans un accident de la circulation — L'enfant ne portait pas de ceinture de sécurité au moment de l'accident — L'obligation générale de diligence qu'a le conducteur d'un véhicule envers les passagers comprend-elle l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer qu'un passager de moins de 16 ans porte la ceinture de sécurité? — Dans l'affirmative, est-il libéré de cette obligation par la présence de l'un des parents de l'enfant?

GALASKE C. O'DONNELL, 670.

SERVICES PUBLICS

1. Actions — Quantum meruit — Irrecevabilité en equity — Facturation insuffisante de l'électricité fournie à un client par une entreprise de service public — Prétention du client que l'entreprise est, en raison de sa négligence, irrecevable à effectuer un recouvrement — Impossibilité d'invoquer comme moyen de défense l'irrecevabilité en equity lorsqu'elle aurait pour effet d'empêcher des autorités publiques de s'acquitter d'une obligation légale positive — La loi ontarienne sur les services publics impose-t-elle une obligation positive? — Power Corporation Act, R.S.O. 1980, ch. 384, art. 99.

COMMISSION HYDRO-ÉLECTRIQUE DE KENORA (VILLE) C. VACATIONLAND DAIRY CO-OPERATIVE LTD., 80.

2. Électricité — Licences — Délivrance par l'Office national de l'énergie de licences d'exportation d'électricité à destination des États-Unis — Licences assujetties aux évaluations environnementales des futures installations de production — L'Office a-t-il commis une erreur en délivrant les licences? — Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), ch. N-7 — Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467.

QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. CANADA (OFFICE NATIONAL DE L'ÉNERGIE), 159.

TRIBUNAUX

Pouvoir discrétionnaire résiduel d'une cour d'appel saisie d'un appel contre l'acquittement dans un cas où une erreur commise au procès peut raisonnablement être considérée comme influant sur le verdict — Maintien de l'acquittement ou ordonnance d'un nouveau procès prévu au Code criminel — Accusation de conduite avec facultés affaiblies causant la mort et des lésions corporelles — Preuve de conduite avec facultés affaiblies nécessaire pour fonder l'accusation — Refus du ministère public de produire d'autres éléments de preuve après que la preuve obtenue au moyen de l'alcootest ait été jugée inadmissible parce qu'il y aurait eu violation de la Charte — Accusé acquitté — En appel, preuve jugée avoir été écartée à tort — Maintien par la Cour d'appel de l'acquittement et refus d'ordonner un nouveau procès — Dans le cas d'un procès devant un juge et un jury, l'art. 686(4) du Code criminel (portant sur le pouvoir des cours d'appel saisies d'appels interjetés contre des acquittements de maintenir l'acquittement ou d'ordonner un nouveau procès) confère-t-il à la cour d'appel un pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser d'ordonner un nouveau procès lorsqu'une erreur pouvant raisonnablement être considérée comme influant sur le verdict a été commise au procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(4).

R. C. POWER, 601.

MAIL ➤ POSTE
Canada Post Corporation / Société canadienne des postes
Postage paid / Port payé
Lettermail / Poste-lettre
8801320
OTTAWA

If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9

Available from Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente : Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9